

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

# Théorie Générale des Astreintes

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Lundi 23 Mars 1914 à 3 heures du soir*

PAR

**Eugène CRACIUN**

---

## JURY

*Président : M. PLANIOL.*

*Suffragants : { M. PIÉDELIÈVRE.  
M. CAPITANT, professeurs.*

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

---

1914







THÈSE  
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

# Théorie Générale des Astreintes

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Lundi 23 Mars 1914 à 3 heures du soir*

PAR

**Eugène CRACIUN**

---



**JURY**

*Président* : M. PLANIOL.

*Suffragants* : { M. PIÉDELIÈVRE.  
M. CAPITANT, professeurs.

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

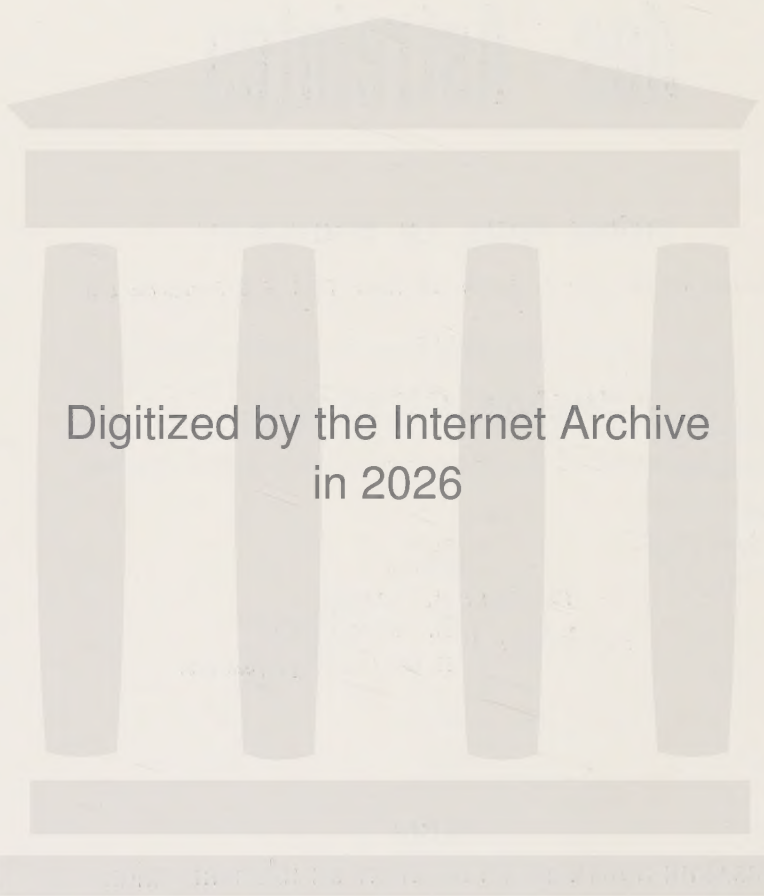
ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

---

1914



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

## INTRODUCTION

---

« Une bonne introduction sera pareille à une bonne ouverture d'opéra », me disait certain jour, dans son langage expressif, un de mes anciens maîtres ; « elle tâchera d'harmoniser dans une conception unitaire tous les motifs qui seront exploités plus tard. » Je m'incline devant cette belle image. Elle a de la vérité tout ce qu'une image peut nous en donner, quand elle est belle.

Supposons pourtant qu'il s'agisse d'une question plutôt spéciale. Il me semble alors que l'introduction doit comprendre quelque chose de plus : elle fera voir le lien nécessaire qui rattachera l'espèce à un ordre d'idées plus élevé.

En est-il ainsi de la théorie des astreintes ? Sans doute possible, oui. Étant une institution juridique nouvelle, forgée de toutes pièces par la jurisprudence, un peu en marge de la loi civile qui l'ignore (au moins dans sa forme actuelle), l'astreinte — par le problème

qu'elle pose — se rattache, de manière évidente, à la question plus générale du rôle attribué à la jurisprudence dans l'élaboration du droit, et par là à celle de la lutte vivifiante où Jurisprudence et Doctrine se disputent la première place dans le grand combat.

\*  
\* \*

Quel est donc le rôle attribué à la jurisprudence dans l'élaboration du droit ?

On n'attend pas de nous la résolution d'un pareil problème. Par l'érudition et l'autorité qu'il exige, il est dans l'idéologie juridique contemporaine un de ces fiers sommets, où peu d'esprits puissent prétendre. Nous serions content de pouvoir donner de la question, dans son état actuel, une idée générale et sommaire.

Dans l'époque de tassement qui suivit celle de la codification, la doctrine s'était conquis une grande autorité par le travail admirable qu'elle avait fourni en vue de systématiser, de clarifier, de trouver (pour ainsi dire) un fil conducteur à travers ce grand dédale de vie juridique nouvelle qu'était le Code Napoléon. Mais le temps vint où le Code ne pouvait plus suffire. Des besoins nouveaux demandaient des solutions nouvelles. Que faire ? Toucher au Code ? On ne s'en avisa point. Il était encore de ceux dont la jeunesse et la vigueur font hésiter les plus téméraires. Ce fut alors la jurisprudence qui avisa.

Dans son contact perpétuel avec la vie, elle puisa les solutions qui s'imposaient. Bon gré, mal gré, elle les fit rentrer dans les prévisions de la loi. Une large interprétation, le principe de l'autonomie de volonté, les considérations plus générales d'utilité sociale et d'équité furent les grands procédés dont elle usa dans ce but(1). Mais la doctrine se dressa devant elle, résolue à défendre la loi ; les services éminents qu'elle lui avait rendus lui prêtaient une autorité considérable. Face à face, les deux adversaires se campèrent dans une attitude irréconciliable : d'un côté, la jurisprudence, forte de son expérience chaque jour augmentée, unitaire (2) comme tendances malgré la diversité inhérente à son étendue, et suivant avec obstination une route que la vie lui traçait ; — de l'autre, la doctrine, fière de sa noblesse et de son autorité morale, s'enfermant dans le mépris hau-

(1) Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé* (Revue trimestrielle... 1912).

(2) Esmein, *La Jurisprudence et la Doctrine* (Revue trimestrielle... 1902) : « Il n'est pas moins vrai que la jurisprudence dans son ensemble, avec des divergences partielles, telles qu'en offre aussi la doctrine, forme un véritable système harmonique et consistant ». Cela tient à deux raisons : 1<sup>o</sup> à cet « instinct puissant et salubre qui pousse les administrations et les corps constitués à conformer leur conduite future à leur conduite passée... ; 2<sup>o</sup> « à une loi de la nature humaine : Toutes les fois que les hommes d'une même race, d'une même époque, d'une même éducation se livrent à un même travail, d'une façon durable, qu'ils agissent par groupes ou isolément, il arrive qu'en fin de compte leurs efforts dispersés produisent des résultats concordants et homogènes. »

tain qui devait suivre les premiers transports d'une colère vaine.

Cependant, à l'ombre du Code, le travail de la jurisprudence devenait chaque jour plus considérable ; les années ne faisaient qu'accroître cet ensemble imposant de droit, en quelque sorte nouveau, qui continuait le Code, comme la génération qui vient continue celle qui précède (1). Le grand apaiseur qui est le temps fit pourtant son œuvre ici comme partout : on finit par voir, dans le champ de la doctrine, l'infusion de vie saine et forte par laquelle la jurisprudence assurait au Code une jeunesse toujours nouvelle, et alors on comprit la stérilité d'une attitude qui s'était trop prolongée : l'ancienne révolte, le mépris d'hier firent place à un intérêt chaque jour grandissant, à une sollicitude fraternelle et généreuse (2).

On reconnut que, la jurisprudence étant, par sa nature même, plus près de la vie courante, c'était à elle que revenait l'honneur d'aviser aux solutions nouvelles. C'est sur le terrain judiciaire que vont, en effet, se rencontrer toujours les grands intérêts, encore mal définis, qui

(1) Voir, dans l'article précité de M. Perreau, les transformations les plus éclatantes que la jurisprudence a imprimées au droit du Code. Même les indiquer seulement serait trop long ; d'ailleurs, cela sortirait tout à fait du cadre d'une simple introduction.

(2) Ces idées sont, pour une bonne partie, celles qu'exprimait si heureusement M. Esmein dans son article, déjà cité, de la *Revue trimestrielle* (1902).

n'ont pas leur assise paisible dans la règle établie. « Pour la solution de ces problèmes, pour la satisfaction donnée à ces besoins, l'œuvre de la jurisprudence devancera toujours celle du législateur ; car celui-ci n'intervient que lorsque le nouvel état de choses a pris de larges proportions. Mais, dès que de nouveaux rapports sociaux sont nés sur quelques points, ils peuvent faire surgir des litiges que les tribunaux doivent résoudre. Ici, la jurisprudence antérieure ne peut fournir que des modèles bien éloignés, des précédents peu utilisables. C'est la doctrine qui prend alors le premier rang si elle est attentive, perspicace et ingénieuse. Elle doit ébaucher scientifiquement, juridiquement, les solutions possibles. Elle doit donc consulter sans cesse l'horizon (1). »

Voilà une manière de conclure à l'entente entre la jurisprudence et la doctrine. Mais, pour cela, il n'est point nécessaire d'aller si loin. Il se peut que le problème qui se pose, sans être tout à fait nouveau, soit de ceux que la loi n'a pas résolus de façon expresse. Néanmoins, le juge devra en formuler la solution ; il lui est défendu de s'abstenir (art. 4, Code civ.).

En doctrine, on a disserté à souhait sur la méthode à suivre.

Les anciens, partisans de la méthode syllogistique, recommandaient comme source unique le texte du Code

(1) Esmein, article précité.

et ses conséquences immédiates. L'école historique affranchit l'interprétation de cette limite étroite, l'aidant à mettre un sens plus large et plus riche dans la lettre froide de la loi. Les derniers venus, enfin, ont demandé pour le juge une liberté toujours plus grande et la faculté de puiser à son aise dans l'empirisme des sciences sociales.

Pour la jurisprudence, la question se pose autrement. Ne se mouvant pas sur le terrain de l'abstraction pure, elle n'a aucune raison de s'enfermer dans un système unique. En face d'une solution qui s'impose, elle tâchera de la rendre vivante de n'importe quelle manière. Et alors, pour elle, la méthode n'est plus « une règle extérieure, arbitrairement appliquée au droit ; c'est le moyen unique fourni par le droit lui-même, en vertu d'une nécessité, contenue dans son essence, de régler d'une manière assurée la marche du droit dans le domaine de la pratique (1). » Prenant à chaque méthode ce qu'elle peut lui donner, la jurisprudence le fondra dans le moyen unique, qui sera la solution voulue.

Comme il est naturel, ses regards se porteront d'abord sur le Code. « Nous vivons, quant au droit privé, sous l'empire d'une loi écrite : le Code civil et les lois qui l'ont complété. C'est donc à lui qu'il faut toujours recourir... *Il fournit la solution directe ou limite la solution possible ;* car aucune solution tirée de seuls prin-

(1) Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. III, p. 6.

cipes ne peut se faire accepter si elle se heurte aux textes, ou si elle les contrarie (1). » C'est justement cela qui explique l'obstination des juges à vouloir fonder leurs solutions sur la loi, même dans l'hypothèse où elles n'y sont pas formellement prévues. Et c'est alors qu'on a recours à la méthode historique : en négligeant l'expression écrite, on cherche à rétablir le texte visé dans son milieu d'origine, on s'adresse à la pensée intime du législateur... Et quand cette pensée elle-même ne leur semble pas suffisamment déterminante, les juges vont jusqu'à se demander quelle forme aurait-elle prise dans les circonstances d'aujourd'hui, et c'est en quelque sorte la logique du législateur appliquée aux circonstances nouvelles qui vient nous fournir la solution désirée. C'est ce qu'on appelle l'interprétation évolutive de la loi (2).

Ce n'est qu'en dernier lieu qu'on s'adresse aux considérations d'utilité et d'équité, et, — d'une manière plus générale, — aux résultats empiriques des sciences sociales.

« *Par le Code civil, mais au-delà du Code civil* », a dit M. Gény dans une expression, désormais fameuse, qui

(1) Esmein, article précité.

(2) V. Perreau, article précité : « Abandonnant la conception révolutionnaire du législateur omniscient et omnipotent, nos juges n'ont vu dans la loi écrite qu'un guide raisonnable, mais humain, c'est-à-dire imparfait. De bonne heure, ils admirent l'interprétation évolutive des lois écrites et l'usage extensif des institutions existantes... »

enferme en peu de mots la conception nouvelle du droit, qu'on pourrait bien appeler une conception dynamique. Elle envisage la loi, non plus comme une forme fixe d'équilibre stable, mais comme un organisme vivant sujet à d'incessantes transformations. Le droit c'est la vie même, or la vie ne demeure généreuse et belle qu'à condition d'engendrer la vie. A la lumière de cette vérité, la critique et l'interprétation juridiques acquièrent un sens nouveau : pour être productives, du droit existant elles feront la source du droit futur.

C'est la jurisprudence qui fut l'initiatrice de ce mouvement, où la doctrine s'apprête à la suivre. Elle ne voulut pas faire de la loi une ossature rigide qui brisât l'expansion des forces sociales, mais seulement une forme maîtrisant leur direction. C'est dans cet esprit qu'elle envisage les problèmes qui lui sont posés, et l'on peut dire que toute solution qu'elle donne suppose une nécessité sociale.



Quelle fut donc la nécessité sociale que devait satisfaire le système des astreintes ?

Nous répondrons sans hésiter que c'est le respect dû aux conventions légalement formées (art. 1134, Code civ.). Toute la vie sociale n'étant qu'un vaste engrenage de rapports obligatoires, on comprend quelle brèche il recevrait dans sa base si l'exécution de ces rapports dépendait uniquement du caprice de ceux qui y sont

tenus. Dans l'ordre des mesures faites pour y porter remède, la *Contrainte indirecte* prend place à côté des voies exécutoires.

Il se peut, en effet, que, l'exécution volontaire étant refusée, l'exécution forcée soit rendue impraticable, elle aussi, par des considérations décisives d'impossibilité matérielle ou morale. Comment contraindre à l'accomplissement de son engagement le peintre qui s'y refuse? Comment forcer l'épouse à rejoindre l'époux qu'elle délaisse? La contrainte directe sera en même temps inefficace et immorale, dans le premier cas comme dans le second. Tournez-vous maintenant du côté de *l'astreinte*: son utilité est évidente! Simple avertissement d'abord, elle devient chaque jour plus considérable, en raison de la résistance à vaincre. Moyen indirect, elle opère sur l'esprit du débiteur, n'étant qu'un facteur déterminant de plus dans le jeu de sa *libre* volonté; c'est dire que le reproche d'inefficacité ne saurait pas l'atteindre quand il s'agit d'obtenir l'exécution d'une obligation à un fait personnel. D'autre part, laissant intacte la liberté physique du débiteur, elle ne choque en rien les mœurs de l'époque où nous vivons.

Donc l'astreinte est utile.

Mais est-elle aussi légale?

Pour nous, c'est la certitude. Le prouver, sera la tâche de l'étude qui suit.

Mais, avant de l'aborder, quelques mots sur son idée directrice et sur ses résultats.

En parcourant la doctrine et les quelques décisions plus remarquables de la jurisprudence, auxquelles nous nous sommes d'abord rapporté pour saisir la question d'une manière plus claire, nous avons cru voir que le combat engagé autour du problème (et qui n'est pas pour finir) reposait en bonne partie sur une confusion malheureuse entre la notion de *contrainte* et celle de *réparation*. Guidé par ce sentiment, nous nous sommes livré à une étude plus approfondie de la jurisprudence, qui a confirmé pleinement notre impression première. Le malentendu était évident. Il eut d'ailleurs son point de départ dans la jurisprudence, qui — dans les premiers temps — présentait l'astreinte comme une suite de la théorie des dommages-intérêts. Son erreur était explicable, excusable même : explicable par la trompeuse ressemblance de forme de cette condamnation comminatoire avec les dommages-intérêts moratoires, ressemblance rendue encore plus plausible par le voisinage des notions *contrainte* et *réparation*, visant toutes deux la satisfaction du droit du créancier ; — excusable, car on ne saurait pas, sans être injuste, reprocher l'imprécision de ses formes à une institution qui vient de naître dans le mouvement de la vie, un peu loin de la logique froide du législateur qui pèse chaque détail pour l'harmoniser au principe.

Mais l'œuvre du temps se fit vite sentir. Ce qui était d'abord imprécis et vague se ramassa dans un contour plus net : de l'astreinte-dommages-intérêts se dé-

tacha vivement l'astreinte-moyen coercitif. L'étude de la jurisprudence est décisive sur ce point. Cela ne veut pas dire que l'expression « dommages-intérêts » soit définitivement bannie des arrêts portant une astreinte ; malheureusement, elle y reste encore assez souvent, source inépuisable de confusion et d'erreurs. Mais ce n'est qu'une inadvertance de langage. Elle ne saurait point empêcher l'observateur attentif de constater le travail de différenciation qui s'est accompli dans la matière : *contrainte* et *réparation* sont deux notions différentes, mais voisines dans l'intention commune de sauvegarder un droit menacé, l'une voulant encore sa satisfaction en nature, l'autre assurant au moins sa valeur pécuniaire. On pourrait dire que le rôle de la seconde commence où finit celui de la première (1).

Il va de soi que la partie centrale de notre étude sera celle consacrée à l'évolution de la jurisprudence. Mais, en voyant les distinctions et les divisions, d'une apparence plutôt artificielle et rigide, qui y sont établies, nous ne voudrions pas qu'on se méprenne sur nos intentions. En étudiant un phénomène de la vie juridique, tel le chimiste qui s'applique à voir clair dans un phénomène de la vie organique, nous nous sommes livré à un travail d'analyse. Comme lui, nous avons séparé des

(1) Cela ne veut point dire que la réparation doit être exclue dès que la contrainte aboutit. Il se peut, en effet, qu'un préjudice ait été causé par l'exécution *tardive* ; les dommages-intérêts moratoires sont alors dans leur rôle.

matières qui dans la vie se tiennent l'une à l'autre, satisfaisant la logique d'une continuité nécessaire, et nous avons, comme lui, risqué de détruire la vie pour voir les éléments de l'organisme vivant. C'est le côté ingrat des travaux d'analyse, nous nous en rendons compte le premier.

Qu'on se garde donc de nous attribuer une estime excessive pour notre propre œuvre.

---

# PREMIÈRE PARTIE

## LA JURISPRUDENCE

---

### CHAPITRE PREMIER

#### GÉNÉRALITÉS; — CARACTÈRES; — DÉFINITION ORIGINES LOINTAINES

---

Le mot « astreinte » est assez expressif par lui-même. Il est dans une étroite parenté avec le verbe latin *adstringere* qui, par son préfixe *ad*, donne un sens plus ramassé et plus précis à l'action de contraindre, qu'il semble vouloir fixer sur certain point déterminé. Dans l'acception que lui donne la jurisprudence, le mot « astreinte » désigne une condamnation pécuniaire, prononcée dans le but de vaincre la résistance injuste d'un débiteur qui se refuse à l'accomplissement de son engagement.

A la différence des véritables condamnations à des

dommages-intérêts, ces condamnations coercitives sont loin de représenter exactement le préjudice causé au créancier par le défaut d'exécution ; leur logique même exige un taux qui lui soit supérieur, afin de donner au débiteur une raison sensible de préférer s'exécuter en nature. « Le chiffre de 1.000 francs par jour a été souvent adopté, quand l'intérêt en jeu était grave, et que le débiteur était riche ; on est allé jusqu'au chiffre de 10.000 francs par jour. Il n'est point alors de fortune qui puisse résister à une pareille machine. Alors même que le taux est modeste, fixé à quelques francs par jour, le résultat de la multiplication, si la résistance se prolonge, peut encore être considérable (1). »

Mais, si la logique de l'astreinte veut une condamnation *exagérée*, son but se contente à ce qu'elle soit purement *comminatoire*. Il est inutile, en effet, de réaliser la menace sur le débiteur qui vient de s'exécuter (2) ; s'il arrive, au contraire, qu'elle soit restée vaine, le débiteur opiniâtre encourra certainement une condamnation non plus comminatoire celle-là, mais définitive : la réparation du préjudice que son refus aura causé.

Donc, étant une menace, la condamnation coercitive sera *provisoire*.

Peut-on lui attribuer aussi le caractère pénal ? On le

(1) Esmein, *l'Origine et la Logique de la jurisprudence en matière d'astreintes* (*Revue trimestrielle*..., 1903, p. 7).

(2) Et si une partie de la condamnation subsistera, ce sera à cause du préjudice causé par l'exécution tardive, donc en vertu de l'idée de *réparation*.

dit souvent, et de ce fait les adversaires de l'astreinte tirent une objection assez sérieuse contre sa légalité. Il est permis cependant d'en douter. Nous ne saurions pas nier la velléité de punir eux-mêmes la désobéissance du débiteur, que les juges font transparaître parfois dans leurs décisions ; nous serions même enclin à la justifier. Il ne s'agit pas pourtant de discuter un sentiment explicable chez des êtres humains, mais de voir à quel principe du droit se rattache l'institution, dont nous devons apprécier la légalité. La question étant posée sur ce terrain, il n'est pas difficile de faire ressortir la distance qui sépare une « peine » d'un « moyen de contrainte » :

1° Les deux notions sont suffisamment différentes en elles-mêmes ;

2° La condamnation encourue définitivement par le débiteur ne saurait être une peine ; l'exagération apparente de son taux (si exagération il y a) provient de ce que l'élément moral du préjudice y est représenté à côté de son élément matériel.

Nous ne faisons qu'indiquer ces points. Ils seront développés plus loin, dans le chapitre consacré aux objections. Pour l'instant, nous acheminant vers une définition de l'astreinte, nous avons voulu tout simplement en délimiter la notion.

Ajoutons, pour la compléter, qu'afin de donner au débiteur un stimulant plus efficace à faire cesser sa résistance, les juges fractionnent presque toujours leur

condamnation par jour de retard « ou par toute autre unité de temps, appropriée aux circonstances » (1). Dans le chapitre consacré à l'évolution de la jurisprudence, nous tâcherons d'illustrer par des exemples concrets le mécanisme de ce procédé et les perfections successives qui lui furent apportées.

Une définition générale se détachera aisément de tout ce que nous venons de dire. Commençons pourtant par rappeler celles qu'on a déjà données.

Dans son *Traité élémentaire de Droit Civil*, notre illustre maître M. Planiol définit l'astreinte : « une condamnation pécuniaire prononcée à raison de tant par jour de retard (ou par toute autre unité de temps, appropriée aux circonstances) et destinée à obtenir du débiteur l'exécution d'une obligation de faire par la menace d'une peine considérable, susceptible de grossir indéfiniment (2). »

Cette définition nous semble complète et parfaitement claire. Pourtant nous préférons éloigner de l'astreinte toute idée de peine. Nous savons bien qu'un mouvement assez précis est en train de se produire en faveur de l'idée de peine privée (3); mais, envisageant la question au point de vue de la légalité, il nous semble préférable de nous tenir aux principes reconnus par le Code.

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, p. 74 (6<sup>e</sup> édition).

(2) Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, p. 74 (6<sup>e</sup> édition).

(3) V. Hugueney, *l'Idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904.

Une autre définition (1): « On désigne sous le nom d'astreinte la condamnation éventuelle à des dommages-intérêts prononcés par les tribunaux pour le cas où la partie condamnée n'exécuterait pas leur décision. » Cette définition a pour nous le double tort d'employer à propos de l'astreinte cette expression de « dommages-intérêts », source de toutes les confusions, et ensuite celui d'en faire un moyen en quelque sorte *passif*, ce qui est méconnaître son caractère essentiel.

« L'astreinte, nous dit M. Croissant, est une menace destinée à opérer une contrainte, une pression, sur un débiteur pour l'amener à exécuter son obligation (2). » C'est un peu vague. M. Croissant omet de nous dire en quoi consiste la menace.

Voici la définition de M. Berryer (3): « On appelle astreinte une condamnation pécuniaire ayant un caractère provisoire, destinée à obtenir indirectement l'exécution en nature d'une obligation par la menace d'une peine susceptible de vaincre la résistance du débiteur. » Nous pourrions très bien l'adopter, n'était cette idée de peine que nous avons repoussée. En outre, quand on dit « menace », il nous semble superflu d'ajouter le mot « provisoire ».

(1) Définition donnée par les *Pandectes françaises* (citée par M. Jacques Berryer).

(2) Ernest Croissant, *les Astreintes*, thèse, Paris, 1898.

(3) Jacques Berryer, *Des Astreintes*; thèse, Paris, 1903.

Enfin, une dernière définition, celle de M. Vernerey (1), à laquelle nous reprochons sa forme un peu décousue, et l'omission du caractère exagéré de la condamnation : l'astreinte serait « un procédé employé par le juge, consistant dans une menace qui a pour but de contraindre le débiteur à l'exécution en nature de l'obligation, en sanctionnant éventuellement, d'une façon coercitive et comminatoire, au moyen d'une condamnation pécuniaire, l'injonction qu'il a faite » (page 45).

En ce qui nous regarde, nous inspirant de la définition de M. Planiol et de celle de M. Berryer, nous dirions plutôt :

L'astreinte est un moyen de *contraindre indirectement* le débiteur à l'exécution de son engagement par la *menace* d'une *condamnation pécuniaire exagérée*, et susceptible de grossir indéfiniment en raison de la résistance à vaincre.

Ainsi définie, notre institution prend, dans ses lignes générales, une analogie frappante avec le *juramentum in litem*, serment que le juge romain déférait, dans les actions arbitraires, au demandeur pour le faire déterminer le montant de la condamnation quand le débiteur se refusait à l'exécution de l'*arbitrium* (2). La contrainte opérait alors, de même qu'aujourd'hui, par la menace d'une condamnation pécuniaire exagérée, et son but

(1) Alex. Vernerey, *De la Jurisprudence en matière d'astreintes* ; thèse, Dijon, 1904.

(2) Girard, *Droit romain* (5<sup>e</sup> édition), pp. 345 et 346.

était le même : procurer au créancier la satisfaction exacte qui lui était due.

Pour les temps plus récents, M. Esmein (1) retrouva notre procédé dans les « injonctions » que les juges de la France royale appuyaient souvent par des condamnations pécuniaires. Nous ne saurions pas préciser jusqu'à quel point l'astreinte actuelle se trouve dans ces injonctions, mais il nous semble hors de doute que le pouvoir qu'avaient les juges de les prononcer, et qu'ils ont d'ailleurs conservé sous le régime actuel (2), est tout au moins son indéniable point d'origine.

(1) Esmein, *Revue trimestrielle...*, 1903, article précité.

(2) Art. 1036, *Code de Proc. civile*.

---

## CHAPITRE II

### ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE

---

#### PREMIÈRE SECTION

#### EXPOSÉ HISTORIQUE

Comme le fait remarquer M. Esmein, « la jurisprudence en matière d'astreintes s'est établie sans difficultés, sans secousses, même sans résistance sérieuse ». Mais, en s'engageant dans cette voie, au commencement du siècle dernier, la jurisprudence n'avait pas en vue un procédé général bien déterminé, ni même les éléments qu'une synthèse ultérieure devait réunir ; sa création n'est pas de nature abstraite : ce qu'on appelle aujourd'hui le *système des astreintes* est plutôt le résultat d'une élaboration progressive, d'une évolution lente, présidées par les exigences de la pratique judiciaire et par l'esprit d'opportunité de la jurisprudence. C'est d'ailleurs l'explication des inconséquences qui déforment souvent ce système, auquel manquent la cor-

rection et la froide harmonie des constructions abstraites, façonnées par une logique rigoureuse ; mais, en revanche, quelle vigueur dans cet effort soutenu, quelle magnifique compréhension des circonstances, quel esprit d'adaptation aux besoins de la vie. On a la joie d'assister au développement ininterrompu d'une institution nouvelle — issue en marge de la loi, si vous voulez, — ayant souvent à combattre contre des « règles » qui ne sont pas faites pour elle, et triomphant en fin de compte pour la satisfaction du grand principe qui domine tout le droit des obligations (art. 1134).

Ayant entrepris d'étudier la marche évolutive de notre institution, nous serons forcé d'en fixer les étapes par des bornes, qui pourront paraître un peu artificielles et rigides à l'égard d'un organisme fait tout de mouvement et de souplesse. Etant les premiers à nous rendre compte du danger que présente une pareille méthode — la meilleure pourtant quand il s'agit d'un travail d'analyse, — on comprendra que les délimitations mises entre les différentes étapes n'ont pour nous qu'une valeur relative.

D'ailleurs, loin de trancher brusquement ces étapes, nous n'avons fait que mettre un petit signe là où nous avons cru apercevoir l'apparition d'une idée nouvelle.

\*  
\* \*

a) *Délai comminatoire en faveur du débiteur.* —  
L'évolution de la jurisprudence en matière d'astreintes

ne laisse pas de surprendre dès le premier abord : En effet, les premières décisions s'y rattachant protégeaient plutôt le débiteur. Les juges commencèrent par impartir à celui-ci un délai pour exécuter son obligation ; s'il le laisse expirer, le créancier devrait ne plus être contraint d'accepter l'exécution. Pourtant ce n'est pas ce que décident ces juges : ils considèrent le délai comme simplement comminatoire et le débiteur peut, même après, s'exécuter en nature (1).

Cette faveur est une manifestation, inconsciente peut-être, ou plutôt une répercussion d'une tendance ancienne beaucoup plus générale : « Notre droit tout entier, remarque M. Meynial, a été influencé par cette circonstance que la transformation accomplie depuis l'époque barbare jusqu'à nos jours a eu pour principal moteur l'intérêt du débiteur (2). »

C'est à la même idée qu'on pourrait rattacher les anciens *liefs de comminatoire*, jugements rendus en Bretagne dans des circonstances toutes particulières, comme nous le dit M. Croissant. « Les juges condam-  
« naient une partie « dans l'état, faute d'avoir produit  
« telle pièce quant à présent. » Si, dans la suite, la partie repoussée par le premier jugement parvenait à se

(1) V. Dalloz, Rép. Alph, *Chose jugée*, n° 386 et suiv. : Req. 21 juin 1809 ; jug. du 25 oct. 1809 et Req. 22 janv. 1812 ; Req. 6 nov. 1822 ; Req. 7 août 1826 ; Rennes, 5 janv. 1812, 20 janv. 1813 et 26 févr. 1816, etc...

(2) Edmond Meynial, *la Sanction des obligations de faire ou de ne pas faire (Revue pratique)*, 1884, p. 435.

procurer la preuve ou à recouvrer la pièce qui lui avait manqué, elle pouvait, dans les trente ans requis pour faire concourir la péremption avec la prescription, revenir devant les mêmes juges par une action qu'on appelait lief de comminatoire, et le premier jugement était alors censé non-avenue, les parties remises au même état qu'elles étaient auparavant, et l'affaire soumise de nouveau à la discussion des mêmes juges (1)».

Après d'Aguesseau (2), M. Croissant se lève contre cette confusion étrange entre les arrêts interlocutoires et les arrêts définitifs ; mais il y trouve le caractère dominant des astreintes : la possibilité, pour le juge, de revenir sur sa première décision (3). On a souvent fait grief à M. Croissant de ce rapprochement. Nous sommes complètement d'accord avec M. Berryer (4) quand il dit que « les traits essentiels du procédé *actuel* des astreintes » sont l'idée de contrainte et celle de menace ; mais on pourrait bien voir dans les jugements comminatoires de Bretagne la menace d'une situation défavorable pour la partie condamnée, dans le cas où elle ne

(1) Croissant, thèse précitée.

(2) Cette pratique fut aussi combattue par Merlin (*Succession*, p. 675) comme contraire au droit romain, à l'ordonnance de 1667 (Titre 35, art. 34) et à la jurisprudence générale du pays. La Cour de cassation la condamna, elle aussi, plusieurs fois : arrêt du 11 thermidor an VIII, arrêt du 28 juin 1808, etc... Cependant, la Cour de Rennes n'abandonna son système qu'assez tard : V. les deux arrêts du 2 mars 1818 et 22 janv. 1821.

(3) Dans le même sens, Vernerey, thèse précitée, pp. 52-3.

(4) Berryer, thèse précitée.

produirait pas la preuve ou la pièce qui lui font défaut. A part ça, il est clair que cette menace n'a pas le même but que l'astreinte actuelle. D'ailleurs, M. Croissant se garde bien d'établir entre elles une analogie trop étroite (1).

Mais revenons aux débuts de notre jurisprudence.

b) *Condamnation comminatoire à double aspect — réparation et contrainte — en faveur du créancier.* — Deux idées nouvelles se font jour dans un jugement, rendu par le tribunal de Gray, le 25 mars 1811 (2), qui condamne un sieur R... à faire une rétractation publique à peine de 3 francs par jour de retard :

1° On voit tout de suite que ce n'est plus l'intérêt du débiteur, mais celui du créancier que prend en considération cette décision ;

2° C'est la condamnation elle-même qui est devenue comminatoire. Désormais, la jurisprudence aura toujours en vue l'intérêt supérieur du créancier ; guidée par lui, elle bâtira lentement, mais d'une main sûre, le système des astreintes. La condamnation comminatoire par jour de retard sera le moyen le plus efficace à cette fin.

(1) V. p. 6 : « Les pratiques dont nous voulons parler ne se rattachent que *fort indirectement* aux astreintes », et p. 138 : « Le caractère dominant des astreintes, ou du moins celui qui a dominé longtemps, est la faculté pour le juge de revenir sur sa décision. »

(2) Décision citée par M. Planiol, II, n° 209.

En 1824, la Cour de Cassation s'engagea dans la voie nouvelle. Elle considéra « comme purement comminatoire un jugement du tribunal de Metz qui avait ordonné une restitution de pièces à peine de 10 francs par jour de retard ; le débiteur qui avait fini par les livrer aurait eu à payer plus de 11.000 francs pour son retard, somme qui fut réduite à 400 francs » (1). (Cass., 28 déc. 1824 : D., 25, 1, 41.)

Donc, la Cassation admet dès lors que le fait des juges de revenir sur leur jugement ne saurait violer l'article 1351, car ces condamnations ne sont qu'un moyen de contrainte.

Par un arrêt du 10 juillet 1832 (2), la Cour suprême confirma sa manière de voir. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une restitution de biens ordonnée le 24 décembre 1821 à la suite d'une vente annulée, par le tribunal de Châteauroux, à peine de 200.000 francs de dommages-intérêts. Un arrêt de la Cour d'Orléans confirme ce jugement. Le vendeur forme opposition au paiement d'une forte somme due à l'acheteur et se présente à la distribution pour être payé ; l'acheteur reproduit, entre autres moyens, l'offre d'une restitution en nature des héritages. Jugement du tribunal de la Seine, qui écarte cette offre, attendu qu'il a chose jugée. — Appel, le 24 août 1830 ; arrêt de la Cour de Paris, qui infirme pour la raison que

(1) Planiol, *ibidem*.

(2) Dalloz, *Rép. alph. : Chose jugée*, n° 388.

cette disposition pénale, prononcée comme voie de contrainte, doit disparaître par la restitution des biens. — Sur pourvoi, la Cour de Cassation confirme cette manière de voir par son arrêt du 10 juillet 1832.

En 1834 (1), on admet que la condamnation à tant par jour de retard pourrait être prononcée, alors même qu'aucun préjudice (2) ne saurait résulter du retard dans l'exécution. Cela nous amène à faire voir que la jurisprudence présente son procédé sous un double aspect :

1° Pour faire acquérir au créancier le montant de la condamnation, elle en fait une *suite de la théorie des dommages-intérêts* ;

2° Mais, pour réserver aux juges la possibilité de revenir sur leurs décisions, sans violer le grand principe de la chose jugée, elle le présente comme un simple *moyen de contrainte*.

Cette manière d'envisager les choses trouve son expression la plus claire dans un arrêt de la Cour suprême, du 22 novembre 1841 (3), dont la portée fut mise en lumière par M. Esmein, dans son brillant article de la *Revue trimestrielle*. Voici l'espèce :

Un jugement rendu en 1810 ordonnait une remise de pièces (4). Un second jugement de 1811, confirmé en

(1) Cass., 25 janv. 1834 : D., 34, 1, 81.

(2) Il y avait préjudice moral dans l'espèce, nous dit M. Berrier.

(3) S., 42, 1, 170 ; D., 42, 1, 29.

(4) Nous empruntons à M. Esmein l'exposé de cette affaire.

appel, répétait cet ordre et prononçait 15.000 francs de dommages-intérêts pour tenir lieu des titres et pièces si ceux-ci n'étaient pas représentés dans le délai fixé. Longtemps après, la partie qui avait été ainsi condamnée fit des offres réelles de la représentation et remise des pièces ; elles furent refusées, et l'affaire vint, sous cette forme, devant la Cour qui avait rendu le dernier arrêt. Elle déclara les offres valables et déchargea ceux qui les faisaient des 15.000 francs de dommages-intérêts, attendu que le retard dans la remise n'avait causé aucun préjudice aux ayants droit. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi par son arrêt du 22 novembre 1844, qui mérite d'être rapporté :

« Sur le premier moyen (violation de l'art. 1351 du Code civil) : « Considérant qu'il faut distinguer entre *ordinatoria* et *decisoria judicia* ; — considérant que le jugement de 1810 avait mis à la charge des défendeurs éventuels la représentation, dans un délai déterminé, des pièces inventoriées sous le numéro 12 ; considérant que la principale disposition de celui de 1811, confirmé par arrêt, ordonnait que le jugement de 1810 continuerait à être exécuté dans sa forme et teneur et prononçait des dommages-intérêts pour *tenir lieu* de titres par *voie* de contrainte ; que sur les offres réelles de la représentation et remise des pièces réclamées, la Cour a été saisie de la question de validité ; que dans cet état de choses et d'après les principes du droit, les défenseurs, s'ils remettaient intégralement les pièces, pouvaient être dé-

chargés des condamnations prononcées par voie de contrainte, et que la Cour, en exigeant la remise intégrale et en déclarant qu'elle avait eu lieu, a pu déclarer les offres satisfaites sans violer l'autorité de la chose jugée ; — considérant en fait que la Cour royale a déclaré que les demandeurs n'avaient pas établi que les pièces, objet des offres, n'étaient pas celles réclamées ; que les pièces étaient intégrales et que le retard apporté dans la remise n'avait causé aucun préjudice ; qu'ainsi ce moyen n'est pas fondé...»

Le raisonnement des juges de 1841 est clair : Si le défaut de remise des pièces, ou le retard dans la remise, avait causé un préjudice, le demandeur aurait pu exiger le montant (ou une partie) de la condamnation comme dommages-intérêts. Pourtant la remise est faite, et son retard ne cause point de préjudice : la condamnation, simple moyen de contrainte, n'a aucune raison de subsister. Mais revenir sur elle, c'est violer l'article 1351 ! Aucunement, répondent nos juges : l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à l'objet du jugement (*decisorium judicium*) ; or, la condamnation prononcée comme moyen de contrainte est un simple ordre sanctionnateur, un *judicium ordinatorium*.

C'est très clair, et c'est parfaitement vrai (1).

Mais alors pourquoi faire intervenir dans cette ma-

(1) Pour les développements, voir troisième partie de cet ouvrage, chap. I, les pages consacrées à l'objection tirée de l'art. 1351.

tière la théorie des dommages-intérêts ? Pourquoi susciter soi-même toutes les attaques de la Doctrine, gardienne sévère de la rigidité des principes ? — O, pourquoi..., on ne saurait pas, au juste, le dire d'une manière précise, mais il est permis de penser que c'est une des inconséquences fatales de la jurisprudence, fatale, parce qu'elle fut amenée par la nécessité de satisfaire vite aux besoins de la vie judiciaire ; en de pareilles circonstances, une erreur est excusable. Voulant justifier leur procédé, les juges se sont laissé tromper par la ressemblance apparente entre les condamnations comminatoires par jour de retard et les dommages-intérêts moratoires. Mais de cette erreur, voulue peut-être, ils ont su tirer leur profit : *Il se peut que la condamnation comminatoire, qui n'est d'abord qu'un moyen de contrainte, se trouve être, en vertu des circonstances ultérieures, la représentation exacte* (ou considérée telle) *du préjudice causé au créancier*. Les juges ont, par le même coup, paré une double éventualité. Leur décision cache, pareille à Maître Jacques, deux vertus différentes sous une apparence unique.

Ces remarques sont affirmées par la jurisprudence récente qui reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain d'interprétation, pour prêter à leurs décisions — suivant les circonstances — le sens qui leur convient le mieux. Et on ne saurait pas nous dire que cette interprétation porte sur le sens primitif, obscur peut-être, de la décision, — car un arrêt rendu par la

Cour de Cassation le 3 juillet 1893 (1) fait voir qu'une Cour peut maintenir, par un arrêt ultérieur, à titre définitif, comme dommages-intérêts, la condamnation qui, dans son premier arrêt, n'avait qu'un caractère comminatoire. Le moyen, qui correspondait d'abord à l'idée de contrainte, se trouve ensuite satisfaire mieux à celle de réparation ; le moyen peut bien rester le même, les principes qui le fondent dans les deux cas n'en sont pas pour cela moins différents.

Ce pouvoir souverain d'interprétation se trouve très clairement mentionné dans un arrêt de la Cour de Cassation, du 8 novembre 1864 (2), qui a été confirmé par une jurisprudence considérable. Nous citons à peu près au hasard : Cassation, 3 juillet 1893 : D., 93, 1, 594 ; — Cassation, 2 mars 1898 : S., 02, 1, 487 ; — Cassation, 15 mars 1892 : D., 92, 1, 262 ; — Cassation, 19 avril 1904 : S., 906, 1, 390 ; — Req., 18 novembre 1907 : D., 908, 1, 23 ; — Indo-Chine, 29 avril 1910 : D., 912, 2, 71 ; — Cassation, 20 janvier 1913 : *Pandectes françaises*, 913, 1, 386, etc...

Comme le fait remarquer M. Leroux (3), le jugement fut d'abord considéré comme comminatoire, en principe, c'est-à-dire provisoire, sauf aux juges à ne pas revenir sur leur première sentence, en reconnaissant la condamnation comme définitive. Mais une tendance nouvelle se fait jour dans un arrêt de la Cassation du 25 jan-

(1) Dalloz, 93, 1, 594.

(2) Dalloz, 65, 1, 388.

(3) Leroux, *Des Astreintes*, thèse, Paris, 1902.

vier 1865 (1), qui renverse la présomption : la condamnation est tenue définitive jusqu'à ce qu'il sera prouvé que dans l'intention du premier juge elle fut comminatoire (2). Cependant les Cours d'Appel et les tribunaux persistèrent dans leur ancienne manière de voir (3) et ne se rallièrent que lentement à la nouvelle tendance.

c) *Exagération des taux : La théorie de l'astreinte, simple moyen coercitif, se détache.* — Nous avons dit que, voulant justifier son procédé, la jurisprudence commença par le présenter sous le double aspect de *dommages-intérêts* et de *moyen de contrainte*.

De ces deux aspects, ce fut d'abord le premier qui l'emporta. La théorie des dommages-intérêts avait son assise solide dans le Code, et il était sage de prendre un point d'appui aussi sûr. Il est possible qu'en s'engageant dans la voie nouvelle la jurisprudence eût considéré de bonne foi son procédé comme une simple application de la faculté que lui accorde la plus grande partie de la doctrine de fixer les dommages-intérêts moratoires pour l'avenir, mais elle se rendit compte bientôt que l'article 1149 n'était pas précisément le meilleur cadre qu'il convenait de donner à ces condamnations comminatoires. On continue de les envisager comme la

(1) Dalloz, 65, 1, 226.

(2) En même sens : Cass., 14 juillet 1874 : D., 75, 1, 460; Cass., 7 nov. 1888 : D., 89, 1, 259.

(3) D., 70, 2, 208 et 75, 2, 31.

réparation d'un préjudice en ce qui concerne le créancier, mais il devient évident qu'à l'égard du débiteur elles ne sont qu'un moyen de contrainte. Les arrêts précités (Cass., 28 déc. 1824; Cass., 10 juillet 1832; Cass., 29 janvier 1834; Cass., 22 nov. 1841) font déjà voir l'avantage chaque jour grandissant de cette dernière conception (1) sur la première. La jurisprudence se meut sur un terrain plus solide; elle sait maintenant que la théorie des dommages-intérêts n'est que le prétexte légal qui lui permettra d'allouer au créancier le taux d'une condamnation, qu'elle voudrait imposer plutôt comme une peine si elle en avait le pouvoir. Très intéressant à considérer, à ce point de vue, l'arrêt rendu, le 5 décembre 1845, par la Cour de Douai (2). Il est dit en tête de cet arrêt: « On ne saurait attribuer le caractère de chose jugée à la condamnation à une somme déterminée de dommages-intérêts par jour de retard, prononcée comme *sanction éventuelle* de l'exécution d'un jugement. » Et pour préciser leur intention, les juges ajoutent dans la partie finale de l'arrêt que la condamnation n'est pas

(1) Elle est très nettement exprimée dans un arrêt de Bordeaux, 5 mai 1870 (D., 70, 2, 208): « Les dommages-intérêts, alloués par chaque jour de retard dans l'exécution des travaux, ne reposant pas sur des bases certaines d'appréciation, *ne sont en réalité qu'un moyen coercitif* employé par les tribunaux pour amener l'exécution des condamnations à la *prestation d'un fait personnel*... Que pour cette raison, ces décisions ont un caractère essentiellement comminatoire, qui permet de les modifier suivant les circonstances... »

(2) Dalloz. 50, 2, 66.

encourue « si l'inexécution du jugement ne provient ni du fait, ni de la mauvaise volonté de la partie condamnée ». Désormais, les arrêts présenteront le plus souvent la question sous ce jour (1). « Les arrêts allèguent à chaque pas « la nécessité de triompher de la résistance du débiteur », font allusion à « la lutte qu'il faut soutenir », à « la victoire que le juge doit remporter sur l'obstination du débiteur », et proportionnent la condamnation à « la résistance qu'il faut briser » (2). La justice doit se faire obéir ; elle a le droit et le devoir de prendre les mesures nécessaires pour le respect de ses ordres. » Les tribunaux peuvent, nous dit un arrêt de la Cour de Besançon (3), pour assurer l'exécution de leurs décisions (4) dans le délai qu'ils impartissent, prononcer contre la partie condamnée des dommages-intérêts mo-

(1) La fixation des dommages-intérêts à tant par jour de retard n'est pas une exacte appréciation du préjudice souffert, mais bien plutôt un *moyen de contrainte* destiné à triompher de résistances obstinées et injustes... (Montpellier, 1<sup>er</sup> avril 1862 : S., 62, 2, 335).

(2) Meynial, article précité, p. 449.

(3) 25 juillet 1888 : D., 90, 2, 77.

(4) Esmein, *Revue trimestrielle*, 1903, p. 16 : « Il ne s'agit plus ici des règles sur l'exécution des obligations ; il s'agit de l'exécution des jugements. Mais il faut avouer que voilà un singulier emploi des dommages-intérêts et qu'on en chercherait vainement la trace dans le Code de procédure civile. » Pourtant, dans la seconde partie de son étude, M. Esmein ne manque pas de parler de l'art. 1036 du Cod. proc. civ. ; il prouve même que ce pouvoir de prononcer des « injonctions » fut souvent sanctionné par des condamnations pécuniaires, et que, dans le silence des textes, cette faculté doit être considérée comme ayant persisté même après 1804.

ratoires (1). » C'est entendu : la jurisprudence ne pourra jamais se débarrasser de sa fâcheuse habitude d'en appeler toujours aux dommages-intérêts : mais le temps ne fait qu'accentuer de plus en plus le caractère nettement coercitif de ces condamnations (2). L'exagération

(1) M. Meynial l'a bien vu : « La jurisprudence part de cette idée que les modes de sanction peuvent être employés pour contraindre le débiteur à s'exécuter en nature. » (*Revue pratique*, 1884, article précité).

(2) Il y a des auteurs qui, partant de là, voient dans l'astreinte *une résurrection de la peine privée*. « Du mécanisme de l'astreinte, la peine privée surgit d'elle-même. Elle se dessine et du point de vue moral, et du point de vue matériel, et du point de vue du but. — Du point de vue moral, parce que l'astreinte tend à établir entre les débiteurs, suivant leur faute et leur degré de malice, certaines distinctions, certaines inégalités de traitement que la réparation pure et simple eût ignorées. Qu'un acteur prenne l'engagement de ne point jouer sur un théâtre, qu'il manque une fois à son engagement ou qu'il y manque dix fois, si l'obligation contractée du jour de la première violation doit se transformer en une condamnation à des dommages-intérêts définitive, si le contrat est dans les deux cas regardé comme inexécuté pour le tout, la faute la plus grave aura même sanction que la plus légère. Remplacez la condamnation immédiate par une astreinte : les dommages-intérêts varieront suivant la faute et l'entêtement du débiteur. — Du point de vue matériel : parce que l'astreinte vise un préjudice qui se prolonge, ou même qui n'est pas encore né ; parce qu'un préjudice futur n'est guère susceptible d'évaluation exacte ; parce que l'astreinte, s'efforçât-on de la modeler sur le préjudice, devrait prendre la forme d'une indemnité calibrée. — Du point de vue du but, parce que l'astreinte a essentiellement pour fonction d'assurer cette exécution en nature que le respect de l'ordre juridique semble commander ; parce qu'elle sera d'autant plus efficace qu'elle sera plus exagérée ; parce que le défaut d'exécution, l'astreinte comminée devient une rébellion aux ordres du juge ; parce qu'à la notion du préjudice éprouvé par le créancier se substitue fatalement et comme irrésistiblement la pensée de la résistance qu'il faut

des taux, renforçant leur caractère comminatoire, rend chaque jour plus large la distance qui les sépare de l'article 1149. Le langage tenu par la jurisprudence récente est quelque soit peu différent, à cet égard, de celui que faisaient entendre les décisions plus anciennes. Écoutez plutôt :

— « Il importe peu que l'allocation ne soit pas motivée par la constatation d'une faute chez le débiteur et d'un préjudice chez le créancier (1) » ; et M. Berryer de remarquer : « Nous sommes loin, il faut le reconnaître, des anciens arrêts qui masquaient le plus souvent une condamnation comminatoire sous l'épithète de dommages-intérêts. »

— « Attendu que les tribunaux peuvent ajouter une clause pénale à leurs jugements en prévision des cas où ils ne seraient pas exécutés (2)... »

— Une condamnation à une somme déterminée par chaque contravention à certain engagement « laisse place à tous les débats ultérieurs sur la réalité et la gravité de chaque contravention » et « n'a qu'un caractère comminatoire (3) ».

— Or, attendu qu'il est de jurisprudence constante

briser, de la lutte qu'il faut soutenir, de la victoire que le juge doit remporter sur l'obstination du débiteur... » (Huguency, œuvre précitée, p. 305).

(1) Cass., 23 juillet 1880, sous D., 91, I, 31.

(2) Cass., 8 juillet 1900.

(3) Cass., 8 janvier 1901 ; D., 901, I, 277.

qu'en matière de dommages-intérêts comminatoires, la condamnation ne constitue jamais qu'une menace et qu'elle n'est pas encourue nécessairement, alors même que le débiteur, régulièrement mis en demeure, aurait laissé passer le délai prescrit pour l'exécution de l'obligation ; — que les juges peuvent revenir sur leur décision, toujours provisoire sur ce point, et déclarer, suivant les circonstances, que les dommages-intérêts ne sont pas dus, soit partiellement, soit même en totalité (1)... »

— « Attendu qu'il est de jurisprudence constante que les cours et tribunaux peuvent, pour assurer l'exécution de leurs décisions, prononcer des condamnations déterminées par chaque jour de retard ; que ces condamnations peuvent avoir, selon le cas, *le caractère d'astreintes définitives ou n'être que comminatoires* ; qu'au cas où l'astreinte est définitive et la condamnation prononcée pour un dommage qui a pu être apprécié et déterminé par avance au moment de la décision rendue, il n'est point possible de la modifier sans violer l'autorité de la chose jugée ; mais attendu qu'il en est autrement, lorsque, dans l'esprit des juges, l'astreinte prononcée ne devait être que comminatoire (2)... »

Cette dernière décision nous permet de débrouiller l'écheveau de la pensée jurisprudentielle.

(1) Indo-Chine, 29 avril 1910 : D., 912, 2, 71.

(2) Toulouse, 30 juin 1909 : S., 909, 2, 272.

On y voit très bien que l'astreinte, même définitive(?...) n'est d'abord qu'un moyen de contrainte ; mais ensuite, si la menace demeure vaine et si la condamnation se trouve représenter le préjudice causé (le dommage ayant pu être apprécié et déterminé par avance), la condamnation comminatoire cache la gêne de sa faiblesse dans une volte-face : elle devient dommages-intérêts.

— Mais vous raisonnez trop, pourrait-on nous dire, sur l'expression « astreinte définitive » qui n'est qu'une faute de langage. — Une faute, oui, sans aucun doute, mais une faute particulièrement intéressante, car elle trahit l'intention des juges d'assigner à leurs condamnations comminatoires un double rôle *dès le commencement*.

d) *Organisation de l'astreinte en vue du but*. — En regardant de près les différents arrêts rendus depuis 1830, on assiste à un travail très intéressant d'assouplissement et d'organisation de notre procédé en vue du but.

1° Nous voulons faire remarquer en premier lieu *le soin spécial que met la jurisprudence à le modeler d'après les exigences des cas concrets qui lui sont soumis*.

M. Esmein cite, dans son article de la *Revue trimestrielle*, un arrêt de la Cour de Douai qui nous paraît très éloquent à ce propos. Il s'agissait, dans l'espèce,

d'un bailleur, qui, sans conclure aucunement à la résolution du contrat, réclamait de son fermier l'exécution des obligations qu'il avait prises quant à la culture de ses terres. « Considérant à cet égard, nous dit la Cour de Douai, que la loi ouvrait à Ch... deux actions, dont l'une en résolution du bail pour inexécution des engagements imposés au preneur, l'autre tendant à obliger ce dernier, le bail subsistant, de se conformer à l'une de ses principales obligations qui était de jouir en bon père de famille et de ne pas ruiner les terres en y prenant des récoltes d'avoine pendant plusieurs années consécutives sans les fumer ni les amender ; — que si l'on ne peut voir dans la demande formée par Ch... la première de ces deux actions, on peut et l'on doit trouver dans l'exploit introductif d'instance l'exercice de la seconde ; que, dans les termes de cette seconde demande, les premiers juges n'auraient pas dû, ainsi qu'ils l'ont fait, condamner directement, dès à présent, D... à des dommages-intérêts à fixer par experts, mais bien le condamner à remettre les terres dont il s'agit en bon état de culture, sinon à payer une somme à titre de peine pour refus ou retard apporté par lui dans l'exécution de cette obligation ; met le jugement dont est appel à néant, portant condamnation contre D... et le condamne à remettre, dans le délai de trois ans, en bon et suffisant état de culture les 76 ares 56 centiares dont il s'agit ; sinon et faute par lui de le faire dans ledit délai, le condamne à 1.000 francs de dommages-inté-

rêts par chaque année de retard, à payer pour la première fois le 30 novembre 1847, et ainsi d'année en année à pareille époque, le bail finissant en 1855 (1). »

Voici un autre arrêt rendu en 1849 par la Cour de Montpellier. Un boulanger, qui avait vendu son four, avec la promesse de s'abstenir de l'exercice de sa profession pendant quelque temps, contrevint à cette promesse. La Cour : « Attendu que le premier jugement a fait à cet égard une juste appréciation des dommages pour le passé en les fixant à la somme de 25 francs, mais qu'il n'en est pas de même pour les dommages à venir ; que la somme de 1.000 francs qu'il a fixée, eu égard à tout le temps qui reste à courir, ne répond suffisamment ni aux circonstances de la cause ni à la position des parties et qu'il est préférable de fixer une somme moindre par chaque jour et par chaque convention à la clause du contrat... : pour ces motifs condamne B... à payer pour l'avenir à D... la somme de 10 francs par jour, toutes les fois qu'il aura contrevenu à la convention (2). »

*2° Afin de donner au débiteur un stimulant efficace à faire cesser sa résistance, les juges adoptèrent la condamnation par jour de retard (3). Et, bien entendu,*

(1) Douai, 18 août 1844 : S., 45, 2, 292.

(2) Montpellier, 30 avril 1849 : D., 49, 2, 126.

(3) Dans les premiers temps, on prononçait une condamnation en bloc. Voir le jugement du 11 avril 1811, qui condamne à 15.000 francs de dommages-intérêts ; celui du 24 déc. 1821 (Trib. de Châteauroux, D., *Rép. alph. : Chose jugée*, 388) à 200.000 fr., etc.

« le tribunal est toujours le maître de modifier le taux des dommages-intérêts dus pour le retard, en appréciant à sa juste valeur le dommage réellement causé par ce retard (1). »

Quand il s'agit d'une obligation de ne pas faire, la condamnation sera prononcée « par chaque contravention » (2). Dans les obligations de faire, elle peut l'être ; non seulement par jour, mais aussi par année de retard (3), ou par toute autre unité de temps appropriée mieux aux circonstances.

3° *On a reconnu aux juges le pouvoir de revenir sur leur décision pour en faire, par une interprétation circonstanciée, la solution la plus adéquate à l'hypothèse présente.* Voir en ce sens l'arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 3 juillet 1893, et cité par nous à la page 34 de cette étude. Voir aussi Cass., 8 novembre 1864 : « Les juges, qui, pour assurer l'exécution de leur décision, condamnent la partie contre laquelle elle est rendue à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard, ont un pouvoir souverain pour statuer plus tard sur le point de départ de ces dommages-intérêts, sur l'époque à laquelle ils doivent cesser, et sur leur réductibilité ou leur indivisibilité au cas où la condamnation ne serait plus susceptible que d'une exécution partielle (4)... »

(1) Nancy, 16 août 1844.

(2) Arrêt de Montpellier, cité à la note 2 de la page 43 ; aff. Coque-  
lin : D., 97, 1, 177 ; aff. Tournachon-Nadar : D., 59, 1, 248.

(3) Douai, 18 août 1844 : S., 45, 2, 292 ; Nîmes, 20 fév. 1862 : D., 62, 2, 195.

(4) Cass., 8 nov. 1864 : D., 65, 1, 388, en tête de l'arrêt.

4° Mais la jurisprudence a reconnu aux juges un pouvoir plus grand : *celui d'augmenter après coup le montant de la condamnation pour en faire une force capable de vaincre la résistance du débiteur.*

« Attendu qu'on ne saurait prétendre avec raison que la volonté persistante du débiteur de ne pas satisfaire à ses obligations puisse lui servir de protection contre l'application des articles du Code, puisque dans ce cas cette résistance devient un tort plus grave, et qu'il importe de prononcer pour la vaincre une condamnation en proportion avec les intérêts engagés, proportion qu'il appartient au juge de fait d'apprécier souverainement (1)... »

Voir aussi l'affaire de Bauffremont (2) et surtout le procès du sieur Abadie avec la Compagnie d'Electricité de Paris (3).

(1) Cour d'Angers, 14 déc. 1855 : S., 55, 1, 33.

(2) L'arrêt de la Cour de Paris, du 7 août 1876, qui avait condamné la Princesse de B... à rendre leurs enfants communs au Prince de B... sous peine de 500 francs par jour durant le premier mois et de 1.000 francs pendant le second, étant resté inefficace, un autre arrêt du 13 février 1877 portait la peine à 1.000 francs par jour jusqu'à la majorité des enfants... (D., 78, 2, 68, et 165, et 82, 2, 82).

(3) D., 98, 1, 289 et la note de M. Planiol. La Compagnie d'Electricité de Paris avait refusé tout à coup de fournir le courant au sieur Abadie, propriétaire d'un hôtel. Les premiers juges condamnèrent la Compagnie à exécuter son obligation sous peine de 1.000 francs par jour de retard; la menace restée vaine, la condamnation fut portée par la Cour de Paris à 10.000 francs par jour de retard.

5° *Toujours, pour donner plus d'efficacité à leur procédé les juges prennent l'habitude de limiter le cours de l'astreinte*; après certain délai, ils pourront se rendre compte de la portée de leur décision, et ils pourront la modifier, pour l'avenir, dans le sens voulu par les circonstances (Affaire de Bauffremont (p. 45, note 2); Cass., 29 juillet 1889 (1), etc.).

6° *Mais la logique même du système exige que l'astreinte ne soit pas encourue lorsque l'exécution de l'obligation est impossible* (2), même lorsque cette impossibilité est due à la faute du débiteur.

\*  
..

La conclusion de toutes ces observations est que la jurisprudence qui avait commencé par présenter son procédé plutôt comme une application de la théorie des dommages-intérêts, ensuite sous le double aspect de dommages-intérêts et de moyen de contrainte, a fini par en faire surgir le caractère nettement coercitif et comminatoire, et par le rendre un moyen de contrainte très efficace grâce aux soins particuliers qu'elle mit de

(1) D., 91, 1, 31. Le tribunal de commerce de Reims avait condamné, le 30 mars 1886, plusieurs industriels à remettre au demandeur une procuration notariée, qu'ils s'étaient engagés à lui fournir, sous peine de 20 francs par jour de retard. La Cour de Paris reconnut la validité de cette contrainte, mais elle la limita à un délai de deux mois, après lequel il sera fait droit à nouveau. Le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté.

(2) Cass., 7 mai 1898; D., 99, 1, 310.

comprendre et de satisfaire les exigences de la vie sociale et celles de la pratique judiciaire. On ne saurait pas dire que la théorie des dommages-intérêts ait cessé d'être mise à contribution dans les décisions récentes; non, mais, en y regardant d'un peu plus près, on se rend aisément compte que *c'est un travail de différenciation* (1) *qui s'est accompli : du vague où les confondait une erreur regrettable, « astreinte » et « dommages-intérêts » ont surgi comme notions entièrement différentes.* Il se peut très bien, comme nous l'avons dit plus haut, que la condamnation comminatoire, d'abord

(1) « Il est du droit et du devoir de la justice de prendre des dispositions que la loi autorise *soit pour vaincre la résistance de la princesse, soit pour indemniser* autant que possible le mari, du préjudice qui lui serait causé. » (Aff. de Bauffremont, arrêt du 7 août 1876). — En même sens, l'arrêt précité de Toulouse (30 juin 1909), qui substitue la réparation à l'astreinte demeurée sans résultat. — Voir surtout ce qui est dit en tête de deux décisions récentes (Req., 18 novembre 1907, et Civ., 20 janv. 1913 : S., 1913, I, 386) : « Attendu qu'en prononçant une condamnation, dont l'objet consiste dans la prestation d'un fait personnel à la partie condamnée, les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner que leur décision sera exécutée dans un certain délai, à peine de dommages-intérêts fixés par jour de retard, que cette condamnation est encourue en cas d'exécution tardive de la décision rendue, sans que la partie condamnée puisse être relevée par une décision postérieure s'il résulte des termes de la condamnation, *dont l'interprétation appartient au juge du fait*, qu'elle était définitive et irrévocable. — Dans le cas, au contraire, où la condamnation à une astreinte a le caractère d'une mesure simplement comminatoire, le juge n'est pas tenu de justifier dès à présent que la somme ainsi fixée représente exactement le préjudice causé au créancier par le retard, une semblable condamnation étant de sa nature sujette à revision... »

simple moyen de contrainte, se trouve, après coup, représenter le préjudice causé au créancier. Cela vient de ce que toute condamnation pécuniaire ne saurait être en elle-même *qu'un moyen*; et le juge peut bien l'employer à deux fins, *qui n'en restent pas moins différentes par le fait que les besoins de la vie juridique ont créé entre elles une contingence fortuite. Leurs sphères d'application demeurent, en pure logique, nettement séparées, et rigoureusement on devrait dire que le rôle de la réparation commence où finit celui de la contrainte.*

---

## DEUXIÈME SECTION

### CHAMP D'APPLICATION DES ASTREINTES

Afin de compléter notre aperçu de la jurisprudence, nous allons revenir sur nos pas pour montrer la manière dont elle se comporte envers les différentes catégories d'obligations.

En considérant la jurisprudence au même point de vue, un de nos devanciers, M. Berryer, lui reproche de graves inconséquences : elle aurait le tort de faire emploi de son procédé là où des moyens plus efficaces et plus commodes lui sont offerts par le Code, et parfois là même où il manque de but. En ce qui concerne les obligations de donner, M. Berryer pense que l'astreinte

serait logique seulement dans l'hypothèse où la chose qui forme l'objet de l'obligation a été cachée. Elle est, dans ce cas, le seul moyen de contrainte qui soit possible; dans toute autre hypothèse, l'exécution directe *manu militari* serait de beaucoup préférable. Pour les obligations de faire, on ne devrait employer l'astreinte que là où il est impossible d'obtenir par d'autres moyens l'exécution en nature, c'est-à-dire seulement pour les obligations à un fait personnel; pour les autres, l'article 1144 met à notre disposition un moyen beaucoup plus commode.

On voit aisément que M. Berryer veut prendre la jurisprudence par son côté faible. — Votre procédé, a-t-il l'air de lui dire, n'est qu'une suite de votre conception sur l'importance du but pratique dans le droit, et un moyen pour l'atteindre. Pourtant, vous manquez de logique et vous oubliez le principe qui vous guide quand il s'agit de l'appliquer.

Il faut reconnaître que ce raisonnement, présenté avec une remarquable clarté, semble de la meilleure logique. Il n'en n'est rien, cependant. M. Berryer a le tort de se mouvoir dans l'abstraction; tout ce qu'il dit est bon et vrai au point de vue des principes. La jurisprudence, elle, se meut dans la vie, et c'est là, à l'égard de chaque espèce, dans l'encombrement des circonstances, dans l'embarras des exigences multiples et différentes, que sa conception sur le but à atteindre trouve son vrai champ de bataille.

Donc, on trouvera l'astreinte un peu partout : dans le domaine des obligations de donner, comme dans celui des obligations de faire ou de ne pas faire. La jurisprudence ne reconnaît aucun critérium ; elle s'est servie de son procédé partout où il lui a paru utile. Cela ne veut pas dire qu'elle a toujours bien fait et qu'elle ne s'est jamais trompée ; non ; mais il faut lui reconnaître qu'elle a eu toujours en vue le grand principe de l'article 1134.

#### OBLIGATIONS DE DONNER (1)

L'hypothèse qui se rencontre le plus souvent pour les obligations de donner est celle d'une restitution de pièces.

— Voir le jugement du 11 juillet 1911, qui condamne le défendeur à 15.000 francs de dommages-intérêts pour le cas où il manquera de représenter certains titres et

(1) Cette disposition de la matière pourrait faire supposer que nous admettions une définition des obligations de donner, qui y fasse comprendre l'obligation de livrer ou délivrer une chose. Pourtant c'est une question que nous entendons réserver. La controverse veut trop de développements pour être exposée ici. Nous nous contentons de dire que nos préférences vont plutôt à la définition contraire (Meynial, article précité : « L'obligation de donner est aujourd'hui celle de transférer un droit réel ou une chose. » En même sens, Planiol, II, n° 159), qui fait rentrer l'obligation de livrer parmi celles de faire. (P. la première définition, v. Aubry et Rau, IV, par. 299, p. 60 de la 5<sup>e</sup> édition ; — Larombière, *Obligations* I, p. 369 et suiv.). Si nous conservons cependant cette division traditionnelle de la matière, c'est pour ne pas être obligé d'insister trop sur la controverse.

pièces dans le délai fixé. Les offres de remise et représentation, qu'il fit longtemps après, furent refusées. La Cour d'appel les déclara valables, et la Cassation par son arrêt, déjà cité, du 22 novembre 1841, rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt.

— Espèce analogue dans l'arrêt de la Cassation du 28 décembre 1824, cité par nous à la page 29.

— De même, *Pandectes françaises*, 1903, I, 522 : « Le Tribunal des Sables-d'Olonne, jugeant commercialement, ordonne une remise de pièces, sans prononcer aucune sanction. Le défendeur est assigné devant le tribunal civil, qui lui enjoint de remettre les pièces dans les quarante-huit heures du jugement à intervenir, à peine de 1.000 francs par chaque jour de retard. » Le jugement fut confirmé en appel. Il est vrai que l'arrêt fut cassé le 25 novembre 1902, non pas pour des motifs concernant l'astreinte qui était parfaitement légitime, mais parce que c'était le tribunal de commerce qui aurait dû connaître l'affaire.

— Voir aussi D., 65, 5, 112, l'espèce citée par M. Berruyer (p. 25) : « Une Compagnie de chemins de fer refusait d'opérer une livraison de marchandises ; une astreinte fut prononcée pour l'y contraindre. » M. Berruyer pense qu'une saisie eût été plus efficace, plus rapide, et plus conforme aux droits du créancier.

— Voir aussi D., 908, 1, 23, où il s'agit de l'exécution d'un contrat de vente.

OBLIGATIONS DE FAIRE

La jurisprudence y est beaucoup plus fournie. A vrai dire, c'est là le champ réel d'application des astreintes, car c'est pour les obligations de faire que le besoin d'une contrainte indirecte se fait sentir le plus.

a) *Obligations à un fait non personnel*. — L'astreinte n'y est pas le seul moyen aboutissant à l'exécution en nature. Il y a aussi l'article 1144 du Code civil, qui permet au créancier de se faire autoriser à exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

On ne saurait dire que c'est là une exécution par équivalent.

Pour savoir si une obligation a reçu ou non son exécution en nature, ce n'est pas le débiteur qu'on doit considérer, mais le créancier. C'est, en effet, dans la satisfaction d'un intérêt de celui-ci que réside le fondement de l'obligation; c'est là son but, sa raison d'être. L'obligation aura donc été exécutée en nature toutes les fois que le créancier aura reçu la satisfaction directe qu'on lui devait (1).

(1) En même sens, v. Meynial, *œuv. cit.*, p. 435 : « Or l'obligation a, avant tout, pour but la satisfaction du créancier, *avec ou sans la coopération du débiteur*. Si cette coopération était nécessaire pour qu'il y eût exécution directe, les obligations susceptibles d'une exécution directe seraient presque introuvables : c'est non seulement dans quelques obligations de faire qu'on peut remplacer l'activité du débiteur par celle d'un tiers, mais dans toutes les obligations de donner un corps certain ou une chose

D'ailleurs, même en ce qui concerne le débiteur, la faculté donnée au créancier par l'article 1144, peut aboutir parfois à autre chose qu'à une simple prestation pécuniaire. « Supposez qu'un propriétaire a promis à son voisin d'abattre les arbres qu'il a sur son propre terrain et qui font obstacle à la vue de ce voisin. Si, se repentant de cette promesse et disposé à faire de grands sacrifices d'argent pour conserver ces arbres, le débiteur refuse d'exécuter son obligation, le créancier pourra ne pas se contenter des dommages-intérêts; il obtiendra l'autorisation d'entrer sur le fonds de son débiteur et de faire abattre les arbres. Dans ce cas, on le voit, et dans tous ceux où le débiteur aura promis de faire un certain travail sur son fonds, l'exécution forcée par le ministère d'un tiers n'est pas un simple mode

tangible. Dans tous ces cas, en effet, la loi, pour le transfert de propriété, un agent de la force publique, pour le transfert de la détention, suppléent le débiteur. Est-il possible de dire qu'il y a là une exécution par équivalent et que le tribunal est libre d'accorder, au lieu de la chose, les dommages-intérêts qu'il lui plaît? Evidemment non, car ce serait étendre l'article 1142 bien en dehors de son champ d'application. On peut donc conclure qu'en principe *l'exécution directe est caractérisée par la satisfaction exacte du créancier*. — Voir aussi Demolombe, XXIV, n° 488 : « Nous ne voudrions pas soulever une querelle de mots; mais pourtant il nous paraît impossible de considérer comme obtenant simplement les dommages-intérêts le créancier qui obtient l'exécution réelle, et en nature, de l'obligation elle-même, telle qu'elle a été contractée! Les dommages-intérêts, qui ne sont autre chose que l'équivalent de l'exécution de l'obligation, impliquent qu'elle n'a pas été exécutée (art. 1146 et suiv.); dès que l'obligation elle-même a été exécutée effectivement, il ne saurait être question d'équivalent ni de dommages-intérêts. »

d'arriver à la détermination des dommages-intérêts, c'est une exécution en nature de l'obligation (1)... »

Cependant, il se peut que les circonstances du moment fassent de l'astreinte un moyen plus efficace ou plus commode. La jurisprudence y a souvent recouru. Nous allons citer quelques décisions, choisies parmi les plus remarquables.

— Voir Da'loz, 87, 1, 55 et 89, 1, 259, l'affaire Grandpré-Compagnie d'Orléans.

Le sieur Grandpré avait été exproprié pour l'établissement d'une voie ferrée, à la condition que la Compagnie de Chemins de fer d'Orléans établirait un passage à niveau permettant l'accès constant à son château. Le tribunal de Moulins condamna la Compagnie à remettre en état cet ouvrage, dégradé avec le temps, sous peine d'une astreinte de 25 francs par jour de retard. La condamnation, qui aurait dû s'élever à 41.812 francs, fut réduite par la Cour de Riom à 2.500 francs.

Dans cette circonstance, le tribunal ne pouvait pas faire exécuter le travail aux frais du défendeur, car la réglementation des passages à niveau est de la compétence des tribunaux administratifs.

— Cassation, 28 décembre 1886 : S., 87, 1, 112. — Il s'agissait dans l'espèce de la reddition d'un compte, dû par R... aux consorts M... Il n'y avait rien de personnel dans ce fait; pourtant R..., étant le seul à posséder les

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. V, p. 86 de la 2<sup>e</sup> édition.

éléments du compte en question, son intervention fut jugée indispensable. L'emploi de l'astreinte fut donc très judicieux.

— V. Dalloz, 98, 1, 289 et la note de M. Planiol. — La Compagnie d'Électricité de Paris refuse tout à coup de fournir le courant au sieur Abadie, propriétaire d'un hôtel. L'obligation ne portait pas non plus sur un fait personnel, mais, s'agissant en quelque sorte d'un monopole, les conséquences pratiques étaient les mêmes : l'article 1144 devenait d'une application impossible.

Les premiers juges condamnèrent la Compagnie à fournir le courant, sous une astreinte de 1.000 francs par jour de retard, portée ensuite à 10.000 francs par la Cour de Paris.

— Sirey, 1909, 2, 272. — La Cour de Toulouse, confirmant un jugement du tribunal de Pamiers, ordonnait, le 10 février 1909, au sieur J... d'exécuter certaines réparations dans l'immeuble par lui loué au sieur B... sous une astreinte de 5 francs par jour de retard. Par un second arrêt du 30 juin, interprétant celui du 10 février, la Cour le considéra comme simplement comminatoire, et à raison des circonstances de fait remplaça l'astreinte, demeurée inefficace et dont le taux montait à une somme considérable, par 200 francs de dommages-intérêts.

— Dalloz, 1912, 2, 71. — Par un jugement du 27 août 1907, la Société électrique et mécanique de l'Indo-Chine fut condamnée à verser à la Caisse des Dépôts et Con-

signations, dans un délai de deux mois, la somme de 32.221 francs, sous une astreinte pécuniaire de 100 piastres par jour de retard. La consignation ne fut effectuée que huit jours après l'échéance. Cependant, la Cour d'appel de l'Indo-Chine, par son arrêt du 29 avril 1910, rejeta la prétention du demandeur qui concluait à une condamnation de 800 piastres, « attendu qu'il est de jurisprudence constante qu'en matière de dommages-intérêts comminatoires la condamnation ne constitue jamais qu'une menace, et qu'elle n'est pas encourue nécessairement, alors même que le débiteur, régulièrement mis en demeure, aurait laissé passer le délai prescrit pour l'exécution de l'obligation... »

— *Pandectes françaises* et Sirey, 1913, 1, 386. Un arrêt, rendu le 20 janvier 1913 par la Cour de Cassation, rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rennes, qui avait condamné le sieur Fouché à enlever, dans un mois de la signification, certains appareils défectueux qu'il avait installés dans l'usine des consorts Chancelle, sous une astreinte de 100 francs par jour de retard.

— Voir une autre condamnation purement comminatoire dans un arrêt de la Cour de Bourges, rendu le 2 avril 1912 (D., 1913, 5, 38).

— V. Sirey, 1907, 3, 65, et la note très intéressante de M. Hauriou. (*Conseil d'Etat*, 10 mars 1905 et 23 novembre 1906.)

Il est dit en tête de ces arrêts que les juridictions administratives peuvent, après avoir prononcé contre

une commune une condamnation à indemnité pour dommages causés, lui laisser la faculté de se soustraire au paiement de cette indemnité en supprimant les ouvrages exécutés par elle, ou même condamner la commune au paiement d'une indemnité annuelle qui courra jusqu'au jour où elle aura fait cesser le dommage. Voyons l'espèce :

Affaire Bichembis contre la ville de Narbonne. L'installation d'un urinoir défectueux cause un préjudice considérable au sieur B..., propriétaire d'un immeuble voisin. La commune, ayant méconnu son obligation de veiller à ce que les installations de ce genre ne causassent aucun préjudice aux particuliers, se vit condamner par le Conseil de préfecture à 50 francs de dommages-intérêts. Sur l'appel de B..., le Conseil d'Etat<sup>(1)</sup> la condamne, « outre l'indemnité de 50 francs » pour le préjudice causé entre le 25 janvier et le 16 mars 1901, à une indemnité, une fois versée, de 1.032 francs pour le préjudice causé au requérant jusqu'au jour de la présente décision », et à « *une indemnité annuelle de 200 francs à compter de cette dernière date jusqu'à la cessation du dommage* ».

M. Hauriou nous dit que ce n'est point une astreinte, parce qu'il n'y a pas d'injonction et que la condamnation n'est pas présentée comme une clause pénale ; d'ailleurs, les juges administratifs n'ont jamais eu un pouvoir de réglementation ou injonction comme les

(1) Arrêt du 23 novembre 1906.

autres juges (ce qui fut prouvé par M. Esmein). « Nous ne sommes donc point en présence d'une astreinte véritable, mais plutôt d'une forme de dommages-intérêts moratoires. Mais, au fond, reconnaissons que ces dommages-intérêts moratoires constituent *un moyen indirect bien ingénieux d'arriver au même résultat que par l'astreinte*... Il est entendu qu'il n'y a pas injonction à la ville de faire cesser le dommage, *mais il y a constatation objective faite par le juge que voilà un dommage qui doit cesser* (1). »

Et M. Hauriou montre la portée de cette innovation, étant donné « le postulat d'intangibilité de l'ouvrage public ». A ce point de vue, on pourrait rapprocher de l'arrêt que nous venons de citer, un autre : celui du 10 mars 1905. Par des travaux entrepris pour alimenter d'eau un lavoir, la commune de Poilly-sur-Tholon cause certain préjudice aux sieurs B... et C... « Le Conseil de préfecture du département de l'Yonne avait ordonné la suppression d'une partie de ces ouvrages... Sur l'appel de la commune, le Conseil d'Etat décide que le Conseil de préfecture ne pouvait pas ordonner la suppression des ouvrages publics (confirmation du principe de l'intangibilité); mais il ajoute qu'il sera fait une exacte appréciation des dommages en allouant une somme de..., si la commune n'aime mieux supprimer les ouvrages exécutés par elle (1). »

(1) Toutes les citations sont empruntées à la note de M. Hauriou.

L'idée de suppression de l'ouvrage apparaît donc comme une alternative volontaire, offerte à la commune, et dépourvue de pression. L'arrêt du 23 novembre 1906 fait un grand pas en avant. « De la simple indication d'une alternative, il est passé à la pression indirecte des dommages-intérêts moratoires. »

Nous avons insisté un peu trop longuement sur ces décisions. Elles sont, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, les premières ayant quelque rapport avec l'idée d'astreinte. Et, à ce titre, elles nous ont paru intéressantes.

b) *Obligations à un fait personnel.* — L'emploi de l'astreinte pour contraindre le débiteur à l'exécution d'un fait personnel a été beaucoup critiqué, et par les meilleurs auteurs. A les entendre, l'article 1142 du Code civil s'opposerait également à la contrainte directe et à la contrainte indirecte (1).

Ce n'est pas notre avis. *Il est permis de penser* (2) *que*

(1) Aubry et Rau (5<sup>e</sup> édition), IV, p. 64 et note 12 :... *Ad factum nemo praeise cogi potest. Art. 1142*... Cette maxime juridique signifie que, non seulement le débiteur ne peut pas être directement forcé, par des moyens de contrainte personnelle, à l'accomplissement d'une obligation de faire, mais encore *qu'il est interdit au juge de l'y contraindre indirectement, en prononçant contre lui des condamnations pécuniaires excédant la mesure des dommages-intérêts qui peuvent être dus au créancier aux termes de l'art. 1149.* » Et les illustres auteurs citent à leur appui : Demolombe, XXIV, n<sup>o</sup> 494 ; Laurent, XVI, 302 ; Huc, VII, 136 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, 440, et la jurisprudence belge.

(2) Esmein, *op. cit.*, p. 19 : « Etant donné le système des as-

*s'il est une catégorie d'obligations auxquelles ce procédé puisse s'adapter à merveille, c'est bien celle des obligations qui exigent du débiteur un fait personnel :* en effet, il n'y a pour elles aucun autre moyen aboutissant à l'exécution en nature quand le débiteur la refuse; le besoin d'une contrainte indirecte se fait donc particulièrement sentir, et le résultat de son intervention sera décisif.

Mais cette intervention n'est pas légale, nous dit la meilleure partie de la doctrine : l'article 1142 s'y oppose!

Est-ce bien vrai? Il est permis d'en douter. Il nous semble, en effet, que la double raison d'être de l'article 1142(1)(qui nous fait repousser tout moyen de contrainte directe pour ces obligations à un fait personnel) ne se retrouve plus en ce qui concerne la contrainte indirecte : il n'y a pas *impossibilité matérielle*, car la pression n'opérant plus directement sur la personne du débiteur, mais sur sa volonté, il peut très bien être contraint utilement à faire ce qu'il refusait de faire, — et il n'y a pas *impossibilité morale*, car sa dignité et sa liberté physique ne souffrent aucune atteinte.

O, nous savons bien que ce grand principe de liberté on l'invoque aussi à un point de vue général, et qu'on

treintes, *il n'y a pas de bonne raison* pour en exclure l'application dans le cas d'une obligation de faire qui consiste dans un acte strictement personnel au débiteur. »

(1) Voir Meynial, *op. cit.*, p. 400.

cite Stuart Mill (1). Mais revenir sur un engagement ferme et manquer à la parole donnée ne sont pas précisément les premières conséquences de ce grand principe : ce serait opposer la liberté au droit, et en faire un germe de désagrégation sociale. Or cela ne se peut pas.

Comme décisions jurisprudentielles plus remarquables, nous citons :

— Dalloz, 65, 2, 201, l'affaire Pourchet-Rosa Bonheur. Nous empruntons à M. Berryer l'exposé de cette affaire. « En 1860, M. Pourchet, riche négociant de Lyon, avait demandé à M<sup>lle</sup> Rosa Bonheur de lui faire un tableau dans le genre de ses principaux chefs-d'œuvre. Il y avait eu accord sur tous les points; d'ailleurs, la convention fut reconnue pleinement valable. N'ayant pu obtenir l'exécution des engagements contractés par M<sup>lle</sup> Rosa Bonheur, M. Pourchet l'assigna devant le tribunal de Fontainebleau. Les juges accordèrent à M<sup>lle</sup> Rosa Bonheur un délai de six mois pour exécuter le travail, passé lequel elle encourrait une astreinte de 20 francs par jour pendant trois mois. Après il sera fait droit. En appel, la Cour de Paris n'admit pas cette astreinte. Elle établit une distinction entre le cas où le débiteur refuse d'exécuter son obligation et le cas où il est simplement en retard pour l'exécuter. Dans l'espèce,

(1) « Le principe de la liberté de l'homme ne peut exiger qu'il soit libre de ne pas être libre. Ce n'est pas la liberté que de pouvoir renoncer à la liberté. » Mill, *Liberté*, p. 187.

la Cour considéra qu'étant donné que M<sup>lle</sup> Rosa Bonheur refusait absolument de peindre la toile promise, le tribunal ne pouvait condamner qu'à des dommages-intérêts et non à une exécution en nature, ce qu'il aurait pu faire si Rosa Bonheur avait été simplement en retard pour exécuter son travail. »

Est-elle rationnelle cette différence entre le refus d'exécuter et le simple retard ? Il nous semble que non ; étant donné le but de l'astreinte, il n'y a aucune raison pour donner une prime à la mauvaise volonté. Et l'article 1142, pourrait-on nous dire. Eh bien, nous pensons que l'article 1142 ne fonde aucunement pour le débiteur d'un fait personnel le droit d'en refuser l'accomplissement ; ce texte de loi ne fait que repousser l'emploi d'une contrainte directe sur la personne ; il « s'applique, nous dit M. Meynial (1), *non à l'hypothèse de défaut d'exécution volontaire*, mais à celle d'impossibilité d'exécution forcée en nature ; *il se place seulement après le jugement qui condamne au fait et qui ne peut pas être exécuté manu militari*, et c'est en ce cas (2) seulement qu'il est vrai de dire que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts, *car c'est ici seulement*

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 431.

(2) *Pas même en ce cas*, dirons-nous, car l'art. 1142 s'oppose à l'exécution forcée en nature, *mais non pas à la contrainte indirecte*. Or, M. Meynial dit lui-même que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts, *là seulement* où il est impossible de donner aux créanciers une autre satisfaction.

*qu'il est impossible de donner au créancier une autre satisfaction ».*

D'ailleurs, la jurisprudence est loin d'être unanime. Il y a beaucoup d'arrêts qui se refusent à cette distinction (1). L'erreur de ceux qui l'admettent (2) a pour origine la confusion déjà rencontrée entre les « dommages-intérêts » et « l'astreinte ». Absurde, quand il s'agit d'obtenir l'exécution d'une obligation, la distinction entre le refus d'exécuter et le simple retard dans l'exécution est parfaitement judicieuse dans l'hypothèse de la réparation. M. Berryer, qui l'a très bien vu (3), fait remarquer d'ailleurs que les auteurs qui l'admettent envisagent toujours la question à ce dernier point de vue (4).

— V. Dalloz, 1854, 3, 80, l'affaire Rachel-Legouvé. —

(1) Req., 25 mars 1857 : S. 57, 1, 267; Cass., 8 nov. 1864 : S., 65, 1, 318.

(2) Req., 26 juillet 1854 : D., 54, 1, 297; Affaire Pourchet-Bonheur, D. 65, 2, 201.

(3) Thèse précitée : « Ou bien nous sommes en présence des solutions indiquées par le Code, c'est-à-dire nous envisageons uniquement la réparation du préjudice, et alors nous ne traitons pas de même le débiteur qui est en retard pour exécuter et celui qui refuse d'exécuter : c'est la distinction classique des dommages-intérêts *moratoires* et *compensatoires* », ou nous sommes en matière d'astreinte, et alors la situation change complètement. « Il ne s'agit plus de réparer le préjudice, il s'agit de forcer le débiteur à exécuter... Pourquoi désespérer de vaincre le refus du débiteur ? L'efficacité incontestable de l'astreinte est de nature à le faire changer d'avis. Pourquoi surtout permettre que sa mauvaise volonté lui crée une situation plus favorable ? » (p. 163).

(4) Aubry et Rau, IV, par. 299; Larombière, I, n° 3; Baudry-Lacantinerie, etc...

M<sup>lle</sup> Rachel s'était engagée de créer le rôle principal dans *la Médée* de M. Legouvé. Mais, ne se décidant pas de venir aux répétitions, l'illustre tragédienne se vit assigner devant le tribunal de la Seine qui l'y condamna, sous une astreinte de 200 francs par jours de retard, devant courir pendant deux mois, après quoi il sera fait droit à nouveau (1).

— V. Dalloz, 1891, 1, 31, une décision du tribunal de Reims (20 mars 1886), portant contre plusieurs industriels condamnation à remettre au demandeur une procuration notariée, qu'ils s'étaient engagés de lui fournir, sous une astreinte de 20 francs par jour de retard.

Ce qui est curieux c'est que le brevet, dont l'exploitation devait être autorisée par la procuration, était déjà tombé dans le domaine public.

— Un jugement du tribunal d'Orléans (23 décembre 1858) condamne le sieur Pinsard à revenir sur la rétractation d'une procuration sous seings privés, qu'il s'était engagée de donner à Revoux. Le tribunal lui accorde deux jours pour s'exécuter; s'il ne le fait pas, il encourra une condamnation de 50 francs par jour de retard (2).

— V. Dalloz, 1854, 1, 297, une astreinte qui sanctionne une promesse de porte-fort. M. Berryer pense que les juges auraient dû condamner le défendeur seulement à

(1) L'affaire n'eut pas de suite parce que la pièce de Legouvé ne fut pas reçue au Théâtre-Français.

(2) Dalloz, 60, 2, 9.

des dommages-intérêts et non pas à une astreinte, car — en l'espèce — le concours d'une tierce personne était indispensable pour l'exécution de l'engagement. Il nous semble que les choses se passèrent un peu autrement. Voici, en effet, ce que nous trouvons dans l'arrêt que la Cassation rendit sur l'affaire, le 26 juillet 1854 : « Attendu que si D..., en demeure de remplir l'obligation qu'il avait contractée, ou se portant fort pour sa femme de rapporter la ratification de celle-ci et la mainlevée de son inscription, a été condamné à payer 5 francs de dommages-intérêts par chaque jour de retard, cette condamnation rentrait dans l'exercice du pouvoir qui appartient aux tribunaux de prononcer des dommages-intérêts à raison du simple retard dans l'exécution des obligations; — qu'il s'agissait, dans l'espèce, du simple retard apporté par D... à l'exécution de son obligation et *non de l'inexécution par suite du refus de la femme D...*, qui n'a été allégué ni en première instance ni en appel... » (Sirey, 1855, 1,33.)

#### OBLIGATIONS DE NE PAS FAIRE (1)

A première vue, il semblerait qu'une différence essentielle les séparât des obligations de faire. En effet, pour

(1) Se demandant s'il peut vraiment s'agir d'une véritable astreinte à propos des obligations de ne pas faire, M. Planiol (II, n° 208, note 2) répond : « Je ne le pense pas, car, à chaque contravention commise, la condamnation est encourue *définitivement*

celles-ci l'intervention de l'astreinte était, en quelque sorte, préventive; elle avait pour but de conduire à l'exécution. Pour les obligations de ne pas faire, l'astreinte a l'air d'intervenir seulement *après* un manquement à l'engagement contracté, c'est-à-dire quand il est certain que l'obligation a été méconnue; ce qui fait dire à M. Berryer que, pour cette catégorie d'obligations, l'astreinte serait possible seulement quand il s'agit d'une obligation successive<sup>(1)</sup>. Cependant, étant donnée l'obligation simple de ne pas construire, ne pourrait-on astreindre le contrevenant à démolir? — Oui, sans doute (art. 1143), et nous pensons qu'il s'agit toujours d'une obligation de ne pas faire, le fait de la démolition n'étant que la modalité employée par le débiteur pour l'exécution de son obligation première.

et il n'en peut pas être fait remise; ce ne sont donc pas des condamnations purement comminatoires, comme le sont les astreintes véritables. On peut rapprocher les deux choses; elles sont analogues; elles ne sont pas identiques. » — Nous demandons la permission d'être, sur ce point, d'un autre avis que celui de notre illustre maître. Il nous semble, en effet, qu'on peut être contraint à l'exécution d'une obligation de ne pas faire et que la condamnation prononcée dans ce but aura tous les caractères d'une véritable astreinte : 1<sup>o</sup> *Menace à l'égard des contraventions futures*, elle tend à assurer indirectement l'exécution de l'obligation de ne pas faire; 2<sup>o</sup> *Menace restée vaine* si la contravention se produit, elle cède la place à la réparation, qui portera remède au préjudice causé. Donc « la condamnation encourue définitivement » repose, non pas sur l'idée de contrainte, mais sur celle de réparation.

(1) Il y a certaine différence entre les obligations simples et les obligations de faire successives. Nous y venons tout de suite.

Nous avons dit tout à l'heure que l'astreinte a l'air d'intervenir *seulement* après un manquement consommé à l'obligation contractée. C'est, en effet, une simple apparence toutes les fois qu'il s'agit d'une obligation successive : la condamnation encourue par le débiteur après son manquement à la convention n'est plus une astreinte, mais un équivalent de l'exécution ; cependant, la réparation imposée au débiteur pour la contravention passée est aussi un avertissement pour l'avenir ; c'est dans cette menace que nous retrouvons notre astreinte (1). Et c'est là que nous allons saisir la différence qui sépare réellement les « obligations de faire » de celles « de ne pas faire » : elle tient à la diversité même de leur nature. En effet, il ne peut s'agir d'assurer par une contrainte l'exécution d'un engagement *que dès le moment* où l'exécution volontaire, devenue possible, aura fait défaut ; ce moment est, pour les obligations de faire, celui où le fait qui aurait dû se produire ne s'est pas produit, — tandis que pour les obligations de ne pas faire c'est celui où le devoir de s'abstenir, qui aurait dû être observé, a été méconnu. L'analogie est donc plus grande qu'on ne le penserait, et la différence réside uniquement dans l'antinomie qui oppose un *fait* à une *abstention*.

Venons à la jurisprudence.

— Voir Dalloz, 1892, 2, 177, l'affaire Coquelin. —

(1) V. la note 1 de la page 65.

Quelque temps après avoir quitté le Théâtre-Français, le grand Coquelin monta sur les planches d'un théâtre du boulevard, au mépris des statuts qu'il s'était engagé de respecter, et qui lui défendaient de paraître sur n'importe quelle scène de Paris ou de province. Assigné devant le tribunal de la Seine, il se vit condamner à ne plus jouer, sous une astreinte de 500 francs par chaque contravention, avec la mention qu'après trente condamnations il sera fait droit à nouveau par le tribunal. La Cour d'appel de Paris confirma ce jugement dans un arrêt du 21 avril 1896.

Cet arrêt est intéressant aussi à un autre point de vue : Considérant l'emploi comme suspensif de l'astreinte, il touche à une question très débattue en jurisprudence. Saisissons l'occasion pour en dire quelques mots.

Étant un simple moyen de contrainte, l'astreinte devrait être toujours suspendue par l'appel interjeté, qui mettra en discussion le fondement même de l'obligation dont il s'agit d'obtenir l'exécution. Un arrêt rendu le 9 avril 1829 défend avec une netteté parfaite cette manière de voir : « Attendu que l'appel est suspensif ; attendu que par application de cet article (art. 457, Code proc. civ.) il est admis par de nombreux arrêts que, lorsqu'un jugement de première instance a fixé un délai d'exécution avec dommages-intérêts par chaque jour de retard, et est frappé d'appel, le cours du délai et des dommages-intérêts est suspendu pour n'être repris qu'après l'arrêt de confirmation ; attendu que, s'il en

était autrement, le droit d'appel se trouverait en quelque sorte paralysé ; qu'en effet l'exécution et l'appel sont choses inconciliables, l'exécution rendant l'appel non recevable ; que plus les dommages-intérêts *seraient exagérés et hors de proportion avec le préjudice*, plus l'appel présenterait de dangers à raison de l'accroissement de ces dommages-intérêts pendant une longue instance d'appel ; qu'un semblable résultat serait d'autant plus blessant pour l'équité que parfois ces indemnités en cas de retard dans l'exécution *sont plutôt des moyens de coercition qu'une évaluation rigoureuse du préjudice réel* ; attendu que la *mise en demeure d'exécuter dans un délai déterminé, portée dans un jugement, devient impuissante alors que le juge d'appel est saisi de la question même de savoir si une exécution quelconque peut être ordonnée* : attendu que, si l'effet suspensif peut préjudicier à l'intimé, l'article 462 du Code de procédure civile lui permet de former devant la Cour une demande nouvelle pour préjudice souffert depuis le jugement (1)... »

Les Cours d'appel se sont constamment prononcées en ce sens (2). Mais la Cour de Cassation a été toujours

(1) Lyon, 9 avril 1859 : S., 60, 2, 429. Pour un temps où la théorie de l'astreinte — moyen coercitif — ne s'était pas encore suffisamment détachée, la manière de raisonner de cet arrêt nous semble d'une clarté remarquable.

(2) V. Paris, 31 déc. 1859, D. 82, 1, 134 ; — Rouen, 18 nov. 1868, S. 69, 2, 256 ; — Bordeaux, 5 mai 1870, D. 70, 2, 208 ; — Poitiers, 17 déc. 1855, D. 56, 5, 22 ; — Montpellier, 6 mars 1840, D. 41, 2,

d'un avis opposé. « Attendu que l'autorité de la chose jugée (1) fait obstacle à ce que les tribunaux, sous prétexte d'interprétation ou autrement, enlèvent, aux parties, le bénéfice de décisions judiciaires claires et précises par elles obtenues ; que, d'autre part, l'article 457 du Code de procédure, en donnant un effet suspensif à l'appel, a eu pour unique but d'arrêter la force exécutoire de la décision ainsi attaquée, tant qu'il n'a pas été statué sur l'appel, et non de porter atteinte aux droits de l'intimé dans le cas où l'appel serait rejeté ; qu'ainsi, en cas de confirmation d'une sentence qui donnait des dommages-intérêts pour chaque jour de retard apporté dans l'exécution de la condamnation principale qu'elle prononçait, ces dommages-intérêts continuent à courir pendant l'instance d'appel et sont dus à partir du jour fixé par la sentence confirmée et non pas seulement du jour de la confirmation (2) ».

Étant donné le procédé de l'astreinte, et son caractère de moyen accessoire ayant pour but d'obtenir l'exé-

56; — Paris, 10 déc. 1849, D. 51, 5, 24 ; — Bordeaux, 6 févr. 1856, D. 57, 2, 53 ; — Dijon, 25 janvier 1878, D. 78, 2, 37 ; — Paris, 1<sup>er</sup> avril 1882, D. 82, 2, 229 ; — Paris, 13 févr. 1908, S. 910, 2, 137 et note.

(1) « Ce qu'il y a d'étonnant, dit M. Esmein (*op. cit.*, p. 25), c'est qu'elle invoque, pour justifier cette solution, le respect de la chose jugée, dont elle va faire bon marché sur un autre point. »

(2) Cass. 15 nov. 1881, S. 82, 1, 52. En même sens : Cass. 8 nov 1864, D. 65, 1, 368 ; — Cass. 24 janv. 1865, D. 65, 1, 226 ; — Cass., 26 janv. 1870, D. 70, 1, 88 ; — Cass., 20 mars. 1870, D. 70, 1, 89 ; — Cass., 25 nov. 1884, D. 85, 1, 399.

cution d'une obligation principale — exécution qui ne peut se concevoir qu'à partir du moment où la décision qui l'ordonne est devenue définitive — la jurisprudence de la Cour de Cassation nous paraît difficilement admissible (1). Cependant, elle est explicable si on se rappelle la triste confusion qui prête parfois à l'astreinte l'aspect d'une condamnation à des dommages-intérêts; alors on comprend que ce qui est vrai pour les dommages-intérêts puisse aisément apparaître comme tout aussi vrai pour l'astreinte. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce malentendu pour qu'il soit nécessaire d'y revenir. Mentionnons seulement, pour finir avec cette question, une remarque assez intéressante, que nous avons recueillie dans une note de jurisprudence.

« De l'examen attentif de leurs arrêts, il semble résulter que, dans les cas où les Cours ont retardé le point de départ de l'astreinte au jour de l'arrêt confirmatif, c'est qu'elle était simplement comminatoire (Bordeaux, 6 février 1856; Paris, 31 décembre 1859; Rouen, 18 février 1868), tandis qu'elles ont fixé pour point de départ la date de la précision confirmée, quand l'astreinte (*sic*) était réparatoire (Alger, 29 février 1877).

(1) Voir Planiol, II, n° 211 : « Mais, comme l'astreinte est une voie de contrainte, une sorte de peine destinée à assurer l'exécution d'une obligation principale, il vaut mieux admettre qu'elle sera due seulement en vue d'arrêt confirmatif, *parce que l'exécution du jugement a été suspendue par l'appel.* »

Peut-être est-ce là l'idée qui permettrait de concilier ces solutions en apparence contradictoires — et c'est d'ailleurs la conciliation que propose M. Esmein — mais rien, dans les arrêts de la Cour de Cassation, ne permet de dire que le caractère de l'astreinte ait été pour quoi que ce soit dans la solution qu'elle a affirmée par ses arrêts. Aussi est-il seulement possible<sup>(1)</sup> d'indiquer cette conciliation, sans pouvoir affirmer qu'elle donne l'application des dissidences relevées dans la jurisprudence (1). »

Le langage mesuré et prudent de l'auteur de cette note nous semble assez approprié à l'état confus où est la jurisprudence ; mais, en ce qui regarde les principes, il nous semble que la conciliation proposée est une réalité indiscutable.

— V. Dalloz, 1859, 1, 248, l'affaire Tournachon-Nadar. Sous une astreinte de 50 francs par contravention, la Cour de Paris fit défense au sieur T... de prendre le pseudonyme de Nadar, devenu propriété du demandeur. Le sieur T... forma pourvoi en Cassation, prétendant que l'arrêt de la Cour de Paris méconnaissait l'article 5 du *Code civil*. La Cassation rejeta ce moyen, affirmant que la sanction prononcée n'était pas une disposition générale.

— V. aussi Dalloz, 1849, 12, 126, un arrêt déjà cité de Montpellier, 30 avril 1849.

(1) Note sous Sirey, 1910, 2, 137.

— Une décision plus récente (Cass., 8 janvier 1901) : D., 1901, 1, 277.

#### OBLIGATIONS LÉGALES (1)

Il ne s'agit ici que de celles qui se rapportent au droit de famille, et plus particulièrement de celles qui naissent du mariage.

On comprend bien, en effet, que l'astreinte est d'un emploi peu recommandable pour les obligations se rattachant à la filiation. Il serait déraisonnable d'en frapper les enfants qui se refusent à leur devoir d'obéis-

(1) Les adversaires de la jurisprudence deviennent plus conciliants, quand il s'agit d'obligations légales. V. Meynial, *op. cit.* Après avoir critiqué l'assimilation qu'il croit trouver dans la jurisprudence entre le refus d'exécuter et le simple retard, cet auteur poursuit : « *Il est au contraire de l'essence des obligations légales de ne disparaître que par leur exécution en nature* : elles grèvent le débiteur indéfiniment. Il en résulte qu'il est impossible de condamner à des dommages-intérêts en bloc, car cela serait une transformation de l'obligation primitive. Au cas de refus de l'exécution en nature, si l'on accordait des dommages-intérêts une fois pour toutes, ou bien cette condamnation n'aurait aucun effet, ou bien son effet serait illégal. Pour lui donner un effet, il faudrait que le débiteur fût libéré de son obligation par la prestation des dommages fixés : la femme serait autorisée à ne plus cohabiter à l'avenir avec son mari ; il y aurait comme un rachat de son obligation. La personne tenue de restituer les enfants aurait le droit de les garder en payant la somme dite, et même si ces enfants revenaient aux mains du parent créancier de l'obligation de restitution, celui-ci serait obligé de les rendre à son conjoint qui aurait acheté la puissance paternelle et le droit de garde. Le résultat est évidemment inadmissible... » L'astreinte apparaît donc comme la solution rêvée.

sance ou ceux qui ont quitté le domicile paternel, car une condamnation pécuniaire ne serait pas de nature à impressionner ceux qui n'ont pas de patrimoine personnel (ou qui ne peuvent pas en user, s'ils en ont). Quant aux obligations des parents envers les enfants, « elles consistent dans la prestation bienveillante de soins qui n'ont d'efficacité que quand ils sont volontaires ; la seule sanction possible est la transformation de l'obligation de faire en obligation de donner, ou encore la déchéance de la puissance paternelle (1) ».

Nous dirons la même chose pour l'obligation imposée au tuteur de prendre soin de la personne de son pupille ; quant à son obligation de rendre compte, il nous semble que l'astreinte serait bien dans son rôle (2). Pourtant, nous n'en avons trouvé aucune application dans la jurisprudence.

Revenons donc aux obligations légales qui se rattachent au mariage. La jurisprudence a usé de son procédé, surtout pour deux d'entre elles : 1° pour l'obligation de cohabiter ; 2° pour celle de restituer les enfants communs en cas de divorce ou de séparation de corps, qui est bien une obligation légale, quoique, à première vue, elle semblerait résulter uniquement d'une décision judiciaire (3).

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 425.

° (2) Pour obligations de rendre compte, sanctionnées par une astreinte, v. S. 87, 1, 112 ; D. 89, 1, 382.

(3) « Il se peut faire que le législateur ait comme délégué son pouvoir au juge et attaché le caractère d'obligations légales à

En ce qui concerne la dernière, l'élan de la jurisprudence a été interrompu par la loi du 5 décembre 1901. L'intérêt particulier que présente pour nous cette loi réside dans une innovation : *elle fait de la désobéissance à l'ordre du juge un délit* qu'elle punit d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 16 à 5.000 francs (1). Mais, avant 1901, la jurisprudence a eu occasion de faire un emploi retentissant de son procédé. Nous voulons parler de l'affaire de Beaufremont. Voici quelques détails, que nous empruntons à M. Meynial : « A la suite du divorce de la princesse de B..., un jugement du tribunal de la Seine, rendu à la requête du prince de B..., le 30 mars 1876, ordonna à la princesse de restituer les enfants à leur père (qui devait les placer au couvent du Sacré-Cœur de Paris), et ce, sous peine

celles que le juge déterminerait... Une des applications les plus usuelles se présente à propos de l'obligation imposée par jugement de restituer les enfants qu'on détient. » (Meynial, *op. cit.*, p. 427.)

(1) « *Loi du 5 décembre 1901, portant adjonction d'un paragraphe à l'art. 357 du Code pénal : art. unique : « Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice, provisoire ou définitive, au cours ou à la suite d'une instance de séparation de corps ou de divorce, ou dans les circonstances prévues par les lois des 24 juillet 1889 et 19 avril 1898, le père ou la mère, qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer, ou qui, même sans fraude et violence, l'enlèvera ou le détournera, ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 à 5.000 francs. Si le coupable a été déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans. »*

de saisie de ses revenus avec séquestre. La Cour de Paris, par l'arrêt du 7 août 1876, rendu sur l'appel de la princesse, réforma le jugement quant à la sanction et condamna la princesse à restituer les enfants dans la quinzaine, sous peine de 500 francs de dommages-intérêts à payer au prince de B..., par jour de retard, durant le premier mois et 1.000 francs pendant le second. Puis, par l'arrêt du 13 février 1877, elle décida qu'en présence de la résistance de la princesse qu'il importait de vaincre, il y avait lieu de continuer à appliquer la sanction de 1.000 francs de dommages-intérêts par jour de retard jusqu'à la majorité des enfants. C'est en vertu de cet arrêt que le prince de B... saisit et fit vendre le domaine de Ménars, estimé 1 million et son mobilier d'environ 300.000 francs. L'intervention de la justice belge, à laquelle le prince demanda, sans l'obtenir, l'autorisation de faire exécuter l'arrêt de la Cour de Paris, permit seule à la princesse de sauver le reste de sa fortune (1). »

— V. aussi Dalloz, 1857, 1, 213, un arrêt de la Cour d'Angers (13 février 1856) qui condamne le sieur Perrault à rendre les enfants communs issus du mariage à M<sup>me</sup> P..., lui fixant un délai de vingt-quatre heures, après lequel une astreinte de 100 francs par jour de retard sera encourue. Nous avons déjà cité (p. 45) l'arrêt

(1) Voir aussi : Labbé, encore l'affaire de Beaufremont, *Revue pratique...*, 1881.

que la Cour de Cassation rendit sur l'affaire le 25 mars 1857 (1).

— Voir Dalloz, 1873, 2, 11, un arrêt très intéressant de la Cour de Nancy, 25 janvier 1873 (Montfeuillard c. Clarisse Janvier).

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une jeune fille, retenue non plus par son père ou sa mère, mais par une tante qui prétendait la protéger contre les mauvais traitements de ses parents. L'arrêt constate le préjudice moral considérable causé aux parents, écarte certaines fins de non-recevoir (a) « ... les parents auraient dû d'abord contraindre leur enfant à réintégrer le domicile paternel... » ; b) « ... crainte que l'enfant ne fût en butte chez ses parents à des actes de brutalité et de violence... ») et poursuit ainsi : « Attendu, en ce qui touche les dommages-intérêts demandés par l'appelant, qu'ils ont eu bien moins pour objet de réparer un préjudice causé que de punir une faute commise ; — qu'il convient, dès lors, quand on les apprécie, de tenir un compte sérieux de l'intention ; qu'en se plaçant à ce point de vue, on arrive à penser qu'aucuns dommages-intérêts ne sont dus dans l'espèce pour la période antérieure à la demande, eu égard à la bonne foi de Clarisse Janvier et la croyance qu'elle pouvait avoir de ne rien faire de dommageable ni de défendu ; — que, quant à l'avenir et pour la sauve-

(1) Il y a une autre décision (Cass., 8 juin 1896), conçue à peu près dans les mêmes termes.

garder, il suffira de placer C. J... dans l'alternative d'obéir immédiatement aux ordres de la justice *ou de payer sa désobéissance*, par chaque jour de retard, d'une somme assez forte pour lui imprimer le caractère d'une contrainte et d'une peine ; — par ces motifs, ... — réforme le jugement... ; — fait défense à C. J... de recevoir chez elle Eugénie M... à titre permanent et contre la volonté du père, ... à peine de 5 francs de dommages-intérêts par chaque jour de retard ».

Venons maintenant à l'obligation de cohabiter.

C'est d'abord le mari qui peut refuser de recevoir sa femme. Quels moyens peut-on employer pour le forcer de renoncer à son obstination ? — 1° Il n'y a pas de doute sur la *manus militaris* (1) ; on pourra très bien ouvrir à la femme les portes du domicile conjugal ; le procédé est parfaitement légal, mais est loin d'être tout aussi efficace ; le mari peut toujours chasser de nouveau sa femme ; — 2° On pourra aussi le condamner à lui servir une pension alimentaire (2). Mais cette contrainte ne saurait pas être décisive, car la pension alimentaire doit forcément se limiter aux besoins de la femme et aux ressources du mari ; — 3° C'est donc l'emploi de l'astreinte qui s'impose comme le plus judicieux et le plus efficace (3). Quant à la femme qui refuse de réintégrer

(1) Voir Paris, 7 déc. 1824, sous Civ. c. 20 janv. 1830 (D. *Rép. Alph., Mariage*, n° 768).

(2) Lyon, 30 nov. 1811 ; Civ. 28 déc. 1830 (D. *Rép., ib.*).

(3) Planiol, I, 6<sup>e</sup> éd., par. 895, p. 298 : « Il semble même qu'on puisse le condamner à des dommages-intérêts à raison de tant

son domicile conjugal : 1° Nous ne saurions pas dire non plus que l'emploi de la *manus militaris* (1) soit précisément illégal ; on comprend pourtant sans peine qu'il sera absolument inefficace, et puis les juges devraient se rendre compte que cet emploi de la force brutale, dans une circonstance où la sensibilité humaine se trouve tellement engagée, n'est plus conforme aux mœurs (2) d'une époque comme la nôtre. C'est, d'ailleurs, le mouvement qui se dessine en législation ; le Code civil italien qui est de beaucoup plus récent (3) que la loi française, ne parle pas de la *manus militaris* en traitant de la sanction de l'obligation de cohabiter. — 2° Parfois le mari dispose lui-même d'un moyen très efficace pour forcer sa femme à réintégrer le domicile conjugal : c'est la famine (4) « ... Il peut lui refuser tout argent : il conservera pour lui les revenus dont il a la

par jour de retard, car il est tenu d'une obligation de faire, dont l'objet est déterminé par l'art. 214... »

(1) En ce sens : Pau, 11 mars 1813 : D., 63, 2, 193 ; — Dijon, 25 juill. 1840, S., 40, 2, 291 ; — Nîmes, 10 juin 1862, D., 63, 2, 194, etc.

(2) Voir d'ailleurs Planiol, I, p. 297-8 : « Une Cour a cependant refusé d'accorder à un mari, qui la demandait, l'exécution par la force d'une ordonnance de référé condamnant sa femme à réintégrer le domicile conjugal (Aix, 22 mars 1884, S., 84, 2, 93). On peut donc considérer que l'emploi de ce moyen est de plus en plus étranger aux mœurs modernes (Voyez, cependant, Paris, 7 janv. 1903, D., 903, 2, 16). »

(3) Promulgué à Florence, le 25 juin 1865, il est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janv. 1862 (en Vénétie, depuis 1872).

(4) Voir Paris, 21 janv. 1887, S., 91, 1, 466 ; — Dijon, 21 janv. 1891, D., 91, 2, 349.

jouissance,... il pourra même refuser de lui servir une pension alimentaire; si « étroite que soit cette obligation, elle est corrélative à celles dont la femme est tenue envers lui; le mariage crée entre les époux une situation analogue à celle d'un contrat synallagmatique, et chacun d'eux ne peut rien réclamer à l'autre s'il n'est prêt lui-même à remplir tous ses devoirs (1) ». — 3° Mais il se peut que la femme ait des revenus personnels et que l'administration lui en soit conservée par son contrat de mariage. Dans ce cas, le mari se trouve désarmé. C'est la jurisprudence qui lui vient en aide en l'autorisant de faire saisir ou séquestrer les revenus de sa femme (2) ou même de se faire envoyer en possession de tous ses biens, ce qui nous semble un peu excessif (3). — 4° Mais il se peut très bien que tous ces moyens restent inefficaces, si la femme trouve de quoi vivre chez un parent ou ami. Dans ce cas, le seul procédé capable d'avoir raison de son entêtement nous semble

(1) Planiol, I, n° 895, p. 298.

(2) Voir Paris, 27 janv. 1855, D., 55, 2, 208; — Lyon, 19 mars 1870, D., 71, 5, 258.

(3) A ceux qui critiquent l'emploi de la saisie, pour la raison que le mari n'est pas créancier, M. Planiol répond: « Mais on peut dire qu'il y a ici moins une saisie qu'une sorte de séquestre, analogue à celui qui se pratique sur les biens d'un criminel en état de contumace. On objectera que le texte manque pour autoriser ce moyen de contrainte; mais il y a nécessité d'assurer dans la mesure du possible l'exécution d'une obligation légale, et la jurisprudence établie sur ce point a la valeur d'un droit coutumier. » (T. I, n° 865.)

l'astreinte. On a prétendu que les « dommages-intérêts » ne pouvaient sanctionner que des droits de créance et non ceux de puissance. Nous répondons : D'abord, il ne s'agit pas de dommages-intérêts, mais du moyen de pression qui est l'astreinte ; et ensuite, même si on persiste à y voir des dommages-intérêts, nous dirons, avec notre maître, M. Planiol, que cette condamnation ne saurait point être admise seulement contre le mari et que les dommages-intérêts peuvent être accordés même en raison d'un préjudice moral.

La jurisprudence eut recours quelquefois à ce procédé.

— Voir Cass., 26 juin 1878 : S., 879, 1, 176. — «... Attendu que, pour forcer la femme à revenir avec son mari, lorsqu'elle a quitté la maison conjugale et refuse d'y rentrer, les juges sont libres de recourir, suivant l'occurrence, aux moyens de contrainte qui leur paraissent les plus efficace ou les mieux appropriés à la situation, et notamment à une condamnation à des dommages-intérêts comme celle qui a été prononcée dans l'espèce... »

— Voir Dalloz, 63, 2, 195, un arrêt de Nîmes (20 février 1862) qui ordonne à la dame Laporte de réintégrer le domicile conjugal dans la quinzaine de la signification, « et faute par elle de le faire dans le susdit délai », la condamne à payer à son mari, annuellement, la somme de 1.200 francs, payable par semestre, « à partir de l'expiration du susdit délai, jusqu'à ce qu'elle ait adhéré au domicile conjugal ».

Voir aussi, S., 91, 1, 466 et 349, un arrêt de la Cour de Paris (22 janvier 1887) qui recommande trois procédés : la *manus militaris*, la saisie des revenus et l'astreinte (par année) avec une préférence pour la dernière.

— Autres décisions : Cassation, 25 mars 1857, S., 57, 1, 267 ; Bruxelles, 1<sup>er</sup> avril 1824, et plus récemment Lyon, 24 févr. 1909, D., 1910, 2, 172.

#### OBLIGATIONS DÉLICTUELLES

On pourrait croire qu'elles portent toujours sur une somme d'argent que l'auteur du délit devra payer à son créancier comme réparation du préjudice causé. C'est, en effet, l'hypothèse la plus fréquente. Cependant, il peut bien arriver que, dans certaines circonstances, la réparation en nature soit considérée par le juge comme plus satisfaisante (1). L'emploi des astreintes devient alors tout indiqué.

(1) Meynial, *op. cit.*, p. 420 : « On aurait tort de prétendre qu'en réalité toute obligation de cette sorte est une obligation de donner une somme égale à la valeur du préjudice causé et jamais une obligation de faire. Par exemple, par suite d'un délit, un mur a été démoli... Du délit naissent deux obligations : 1<sup>o</sup> celle de réparer le dommage causé, et pour son exécution la victime aura droit, non seulement à des dommages-intérêts, mais préalablement et par préférence à la réédification du mur ; 2<sup>o</sup> celle de payer une somme à raison de la privation de l'usage du mur pendant un certain temps. De même, en cas de diffamation par écrits, on pourra demander la suppression du passage difamatoire dans les exemplaires aux mains de l'éditeur... » En

— Voir en ce sens, Sirey, 1910, 2, 137, l'arrêt déjà cité de la Cour de Paris confirmant un jugement rendu par le tribunal de la Seine le 28 mai 1906, qui, sur une poursuite correctionnelle, condamnait le gérant d'un journal à insérer certaine réponse dans le premier numéro qui suivra le jugement devenu définitif, sous une astreinte de 50 francs par jour de retard.

On a cité aussi (1) un arrêt de Paris (29 déc. 1852 ; D., 53, 2, 163), qui pour faits de concurrence déloyale condamnait le sieur P... « à payer à titres de dommages-intérêts la somme de 200 francs pour les torts et préjudices qu'il a faits et causés jusqu'à ce jour ; — dit que dans les quarante-huit heures P... sera tenu de faire couvrir la façade de sa maison par une couleur assez distincte de celle de l'établissement L... pour qu'à l'avenir ces deux maisons ne soient plus confondues ; — dit que dans le même délai P... sera également tenu de faire supprimer les mots : « Entrée de l'hôtel », écrits au-dessus de la porte à deux vantaux de son établisse-

même sens, Demogue, *Notions fondamentales du droit privé* (Paris, 1911) : « De même, rien ne paraît plus raisonnable que d'admettre... que la réparation d'un délit pourrait se faire autrement qu'en argent. L'article 1382 n'exclut nullement d'autres modes de réparation de nature à donner une plus juste satisfaction à la personne lésée... (p. 457) ». Et M. Demogue cite en même sens : Demolombe, XXXI, n° 690 ; Baudry-Lacantinerie, I. 2877.

(1) Vernerey, thèse précitée. M. V. cite aussi l'arrêt de Montpellier (30 avril 1849) où il s'agit pourtant d'une obligation contractuelle. V. pp. 34-35 de notre étude.

ment, ainsi que sur la lanterne qu'il y a fait placer... etc... » Il nous semble qu'il n'y a rien d'une astreinte dans tout ce que nous venons d'entendre ; la condamnation pécuniaire prononcée est une condamnation définitive à des dommages-intérêts, à titre de réparation pour le préjudice passé ; tout ce qui suit n'est qu'une simple injonction dépourvue de toute sanction.

• • •

A ce qu'on voit, la jurisprudence applique son procédé partout où son intervention lui semble utile. Loin de se laisser conduire par des considérations abstraites qui pourraient lui tracer certain critérium ou lui imposer le cadre d'une règle fixe, elle ne fait que suivre la vie dans ses besoins variés, demandant aux circonstances du moment la forme de la solution exigée.

L'aboutissement du procédé des astreintes nous apparaît donc comme un triomphe de l'utilité.

En effet, étant donnée l'inexécution d'une obligation et le préjudice qu'elle entraîne pour le créancier, en pure justice on devrait estimer suffisante la réparation exacte du préjudice. Mais la justice pure est une notion qui tient plutôt de la morale que du droit et elle ne pourrait pas satisfaire complètement les exigences de la vie sociale formées de multiples rapports que fonde l'utilité. Toute société repose, en effet, sur l'insuffisance de l'individu envisagé comme puissance en lutte avec la

vie ; elle n'est qu'une vaste alliance tenant tout entière dans les liens sans nombre qui rattachent ses membres les uns aux autres. Ces liens sont des obligations. C'est dans leur exécution normale que réside la solidité de toute société et sa puissance vitale. A ce point de vue, on conçoit sans peine l'insuffisance absolue d'une sanction passive, telle les dommages-intérêts. Le but, la raison d'être d'une obligation c'est sa réalisation même. Tel est d'ailleurs le principe posé par l'article 1134. Ce qu'il nous faut donc c'est une sanction vivante, *active*, capable de déterminer cette réalisation.

Cette sanction, la jurisprudence l'a trouvée : c'est l'astreinte.



## DEUXIEME PARTIE

### LES ASTREINTES DEVANT LA DOCTRINE

---

La doctrine combattit vaillamment pour la sauvegarde des principes. En défendant une cause qui lui semblait juste, elle remplit noblement son devoir. Les malveillants prétendent que cette défense fut plutôt pour la forme. Faut-il penser comme eux? Nous dirons seulement que la cause fut perdue; tant de voix illustres ne surent point faire rebrousser chemin à la jurisprudence. Les raisons qu'elle fit parfois entendre, en réponse aux objections qui lui étaient opposées, ne furent pas toujours les meilleures. Mais la durabilité et l'utilité de son œuvre répondaient pour elle. D'ailleurs, le rôle de la jurisprudence n'est pas de polémiquer avec la doctrine. Le jour viendra où, fatiguée de spécula-

tions souvent stériles, la doctrine descendra d'elle-même de sa tour d'ivoire pour puiser une sève nouvelle dans la vie; elle accueillera alors les forces qui seront imposées. En attendant, toutes les protestations du monde resteront impuissantes devant l'innovation heureuse *qu'on attendait*, et qui satisfait à la fois l'utilité et le droit, dans ses intentions fondamentales.

---

## CHAPITRE PREMIER

### OPINIONS REJETANT LES ASTREINTES

---

Nous avons montré comment la jurisprudence commença par fonder son procédé sur la théorie des dommages-intérêts. Même plus tard, quand l'évolution approche de son terme, cet appui ne cesse d'être invoqué. La doctrine ne pouvait pas manquer de voir les contradictions dont cette méprise était la source abondante, et elle se fit un devoir de les dénoncer. Il est pourtant des auteurs qui ont compris le besoin réel auquel correspondait l'innovation de la jurisprudence ; mais, au lieu de chercher à la fonder sur la loi telle qu'elle existe, ils se sont bornés d'approuver sa reconnaissance par une loi à venir.

Ce que nous reprochons à cette partie de la doctrine, c'est son inertie. Si, — au lieu d'accepter comme seule réalité la terminologie erronée de la jurisprudence et d'en faire l'unique fondement de sa critique, — elle avait

voulu y regarder d'un peu plus près, elle aurait vu que la question doit être envisagée à la lumière de l'article 1134; elle aurait compris l'évolution différentielle, telle que nous l'avons montrée, et la jurisprudence aurait trouvé dans son concours une aide puissante pour l'achèvement et la perfection de sa théorie.

Nous allons citer les auteurs les plus remarquables, en les laissant parler eux-mêmes le plus souvent. Ce n'est que dans le chapitre premier de notre troisième partie que nous reprendrons leurs objections une à une pour voir si elles sont de force à nous faire rejeter une institution utile et, juridiquement, morale.

Voici ce que nous disent MM. Aubry et Rau :

« Quant au mode de contrainte ou d'exécution forcée que peuvent comporter les obligations de faire, il faut, pour le déterminer, *distinguer* entre les obligations dont l'accomplissement exige l'action personnelle du débiteur lui-même et celles qui sont susceptibles d'être exécutées sans sa participation ou son intervention.

Le débiteur d'une obligation de la première espèce ne peut être personnellement contraint à l'exécuter. En cas de refus de sa part de l'accomplir, elle se résout en dommages-intérêts. « *Ad factum nemo praeiise cogi potest* », article 1142 (et en note : « Cette maxime juridique signifie que, non seulement le débiteur ne peut pas être directement forcé, par des moyens de contrainte personnelle, à l'accomplissement d'une obligation de

faire, mais encore qu'il est interdit au juge de l'y contraindre indirectement, en prononçant contre lui des condamnations pécuniaires excédant la mesure des dommages-intérêts qui peuvent être dus au créancier aux termes de l'article 1149 ».)

« Quand une obligation a pour objet un fait susceptible d'être exécuté par un tiers et sans l'intervention personnelle du débiteur, le juge peut, ou bien autoriser le créancier, qui le demande, à le faire exécuter lui-même aux dépens du débiteur, *ou bien à condamner celui-ci à l'exécuter lui-même dans un délai donné, sous peine de dommages-intérêts fixés à raison de tant par jour de retard* ou enfin prononcer contre lui une condamnation définitive au paiement d'une somme fixe et déterminée (art. 1144).

« Les condamnations à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard... *ne sauraient être considérées comme simplement comminatoires*, et doivent être exécutées dans les termes et les conditions établis par le jugement de condamnation, sans que le juge soit admis à les rapporter ou modifier (1). »

Donc : 1° distinction entre les obligations à un fait personnel et les autres; 2° pas de condamnations comminatoires!

MM. Vernerey et Massin (2) pensent que nos auteurs

(1) Aubry et Rau, IV, par. 299, pp. 63-66 de la 5<sup>e</sup> éd.

(2) Vernerey, thèse précitée; Massin, *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*; thèse, Paris, 1893.

admettent l'emploi de l'astreinte pour les obligations qui n'exigent pas un fait personnel, où elle ferait double emploi avec l'article 1144, et ils se lèvent avec résolution contre cette manière de voir. MM. Massin et Vernerey auraient parfaitement raison si l'opinion qu'ils combattent était celle de nos auteurs; mais il nous semble que ce n'est qu'une apparence. Les dommages-intérêts, dont ils parlent, *n'étant pas comminatoires* et devant toujours se limiter *dans le cadre de l'article 1149*, ne sauraient d'aucune manière constituer une véritable astreinte. La distinction posée par MM. Aubry et Rau se réduit donc à cela que, pour les obligations qui n'exigent pas un fait personnel du débiteur, la condamnation à des dommages-intérêts moratoires serait possible *même en cas de refus de l'exécution*, — tandis que, pour celles exigeant un fait personnel, elle le serait seulement en cas de simple retard.

A la rigueur, on pourrait voir une contrainte dans ces dommages-intérêts moratoires, mais alors différente de l'astreinte, car la condamnation qui la prononce est *définitive et conforme à l'article 1149*.

Nous avouons tout simplement ne pas saisir les raisons qui puissent autoriser cette manière de comprendre la loi. Pourquoi cette différence? Pourquoi le débiteur d'un fait non personnel pourrait-il être contraint à exécuter lui-même l'obligation, tandis que l'autre resterait maître de sa bonne volonté? Ah! s'il s'agissait de l'exécution forcée, directe, ce serait autre chose; l'ar-

ticle 1142 s'y oppose ; elle serait possible, en effet, seulement pour les obligations à un fait non personnel (art. 1143, 1144), car elle peut y être obtenue en dehors de toute contrainte sur la personne. Mais, à part cette contrainte sur la personne, en quoi le débiteur tenu d'un fait personnel a-t-il, plus que l'autre, le droit de refuser l'exécution de son engagement ? Comme créancier, j'ai le droit de l'y contraindre, la justice m'y aidera, et on s'arrêtera seulement au seuil de sa liberté physique (1).

Donc, encore une fois, la distinction posée par MM. Aubry et Rau nous semble dépourvue de tout fondement légal ou logique (2).

M. Demolombe commence, lui aussi, par contester la possibilité de contraindre, soit directement, soit indirectement, le débiteur tenu d'un fait personnel à l'exécution de son engagement, mais il finit par élargir singulièrement la portée de cette défense. Ecoutez plutôt :

Quand il s'agit d'une obligation à un fait personnel, « le législateur n'admet pas que le débiteur puisse être contraint à l'exécution même de son obligation ; ni

(1) Voyez ce que nous avons déjà dit à la page 50 sur la double raison d'être de l'art. 1142. V. aussi les développements de la même idée, dans le premier chapitre de la troisième partie.

(2) Et non seulement à propos de la question de contrainte, mais aussi pour celle de réparation. De ce que le débiteur tenu d'un fait personnel n'a pas le droit de refuser l'exécution de son engagement, à la condamnation pour préjudice causé par le retard, il n'y a qu'un simple rapport de conséquence.

directement, par des moyens physiques de contrainte personnelle, qui ne répugneraient pas seulement à nos mœurs, en violant la liberté individuelle et la dignité humaine, mais qui seraient absolument impuissantes à atteindre leur but; ni indirectement, par des condamnations pécuniaires dont le chiffre dépasserait les dommages-intérêts qui pourraient être dus au créancier, en cas d'inexécution, et auxquels le débiteur ne pourrait se soustraire qu'en exécutant l'obligation.

Cette déduction résulte doublement des termes mêmes de l'article 1142 :

— Décider, en effet, qu'en cas d'inexécution l'obligation *se résout*, c'est bien reconnaître qu'elle se transforme et qu'elle n'a plus désormais pour objet que des dommages-intérêts, c'est bien reconnaître que le débiteur ne peut être condamné que dans les termes de l'article 1149, à indemniser seulement le créancier de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, par suite de l'inexécution... » Et plus loin :

« Mais prononcer contre un débiteur, qui refuse d'exécuter son obligation, une condamnation à des dommages-intérêts par chaque jour de retard, non pas pour indemniser le créancier, mais pour vaincre la résistance du débiteur, cela nous paraît impossible ! Quel serait donc le terme d'une condamnation pareille ? Où placer la limite de ces dommages-intérêts, dont chaque jour viendrait grossir le chiffre, et dont la dette constituerait, par sa permanence indéfinie, une sorte de rente perpé-

tuelle au profit du créancier ! On se récrie que le débiteur est libre d'en arrêter les effets, en obéissant aux prescriptions de l'arrêt et en exécutant son obligation. Nous répondons que la loi n'admet pas une telle doctrine. Non ! *la loi n'admet pas que le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire* puisse être condamné, ni directement, ni indirectement, à exécuter l'obligation elle-même (1) ! »

Revenez maintenant au numéro 491, et vous lirez : « Les tribunaux *peuvent condamner* principalement le débiteur à l'accomplissement de l'obligation, par lui contractée, de faire ou de ne pas faire, sauf à prononcer... »

Le grand théoricien belge Laurent ne trouve pas dans la loi un texte formel qui autorise l'astreinte.

« *La loi détermine les voies d'exécution qu'elle autorise* ; elle ne permet pas aux tribunaux d'employer la menace de dommages-intérêts pour contraindre le débiteur. S'il n'exécute pas la convention, le juge aura plein pouvoir de le condamner à des dommages-intérêts, en proportionnant la réparation à la gravité de la faute et à l'étendue du préjudice qui en résulte. Cela suffit pour assurer l'exécution des conventions et des jugements. Aller au delà, c'est dépasser la loi ; *c'est aussi méconnaître les principes qui régissent les décisions judiciaires*. Une fois le jugement rendu, le tribunal ne

(1) Demolombe, XXIV, n<sup>o</sup> 491 et ss.

peut plus le détracter, ni le modifier ; de quel droit donc le juge revient-il sur les dommages-intérêts qu'il a prononcés et décide-t-il que le jugement ne recevra pas d'exécution (1) ? »

Donc, d'après Laurent, les juges créent une voie d'exécution non autorisée, et en second lieu ils heurtent les articles 1149 et 1351.

Après avoir admis, par rapport à l'article 1134, que « l'obligation est préexistante à la loi », Larombière parle ainsi, à propos de l'article 1142 :

« Lorsque l'obligation consiste à faire une chose, le parti pris par le débiteur de ne pas la faire oppose une force d'inertie invincible. *Nemo potest praecise cogi ad factum*, on ne peut être précisément contraint de faire. *La puissance de la loi vient se briser contre la volonté de l'homme*, qu'elle n'essaie pas même de vaincre par des moyens de contrainte directe. D'autre part, l'obligation consiste-t-elle à ne pas faire, il est évident que, si le promettant a fait ce qu'il ne devait pas faire, il n'y a pas de puissance au monde capable d'empêcher qu'il ne l'ait pas fait. Aussi la loi se borne-t-elle à dire que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142) (2). »

(1) Laurent, XVI, nos 301 et 302.

(2) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, I, art. 1142.

Et cet auteur, qui conclut que les tribunaux n'ont pas même le droit de condamner le débiteur à protestation due, ne saurait — pour rester conséquent avec lui-même — admettre un procédé comme les astreintes.

Voici maintenant ce que pensent MM. Baudry-Lacantinerie et Barde :

« La doctrine condamne avec raison la théorie des astreintes. Pour critiquer cette théorie, nous l'envisageons d'abord telle qu'elle est comprise par la jurisprudence. Celle-ci, disons-nous, la fonde sur les principes qui gouvernent la matière des dommages-intérêts. Mais de rapides observations suffiront pour montrer que cette conception est erronée. Les dommages-intérêts — qu'ils résultent de l'inexécution ou du retard dans l'exécution — consistent exclusivement dans la réparation du préjudice causé par la perte subie et le gain manqué (art. 1149). Or, dans l'astreinte, le chiffre fixé par le tribunal est toujours supérieur à ce préjudice ; souvent même il est hors de toute proportion avec lui. Dans certaines espèces, il a été de 1.000 francs, de 10.000 francs par jour. Le but même de l'astreinte exige qu'il en soit ainsi, puisqu'elle tend à obtenir l'exécution, en mettant le débiteur dans l'alternative ou d'exécuter ou de payer une somme bien plus élevée que la valeur de l'objet de l'obligation. Mais, ceci posé, qui ne voit qu'en prononçant une astreinte le tribunal fait toute autre chose qu'allouer des dommages-intérêts ? *La vérité, c'est qu'il*

*recourt à une voie d'exécution non établie par la loi.* L'illégalité du système achève d'apparaître si l'on considère les suites que peut avoir la condamnation comminatoire : si le juge le maintient sans ramener le chiffre au *quantum* du préjudice réellement éprouvé par le créancier, il inflige une véritable peine au débiteur et viole, par conséquent, ce principe essentiel de notre droit pénal : *il n'y a pas de peine sans texte*. Si, au contraire, le juge rabat ou réduit la condamnation, *il méconnaît l'autorité de la chose jugée* ; sa mission, en effet, n'est nullement définie par la première décision, et il s'arroge une pleine liberté d'appréciation quant au point de savoir dans quelle mesure celle-ci doit être maintenue (1). »

M. Huc admet que le juge puisse contraindre indirectement le débiteur à la prestation de son fait, mais il veut que la condamnation soit limitée aux termes de l'article 1149. C'est, dans ces lignes générales, l'idée qu'avait développée autrefois M. Labbé, dans son article très remarqué sur l'affaire de Beaufremont (2). Mais laissons parler M. Huc :

« Les dommages-intérêts alloués par le juge ne peu-

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, I, nos 440, 478, 479 et 479 bis.

(2) Labbé, *Encore l'affaire de Beaufremont* (*Revue pratique*, 1881). M. Labbé était plus explicite et plus large que M. Huc. Il admettait les condamnations à taux exagéré, et les justifiait par l'idée de préjudice moral. Pour détails, v. le chapitre II de cette partie.

vent dépasser le préjudice réel résultant de l'inexécution, ni par conséquent être proportionnés à la résistance à vaincre ou à l'importance des revenus de la partie qui est en demeure d'exécuter son obligation. Les tribunaux n'ont pas le droit de prononcer, pour assurer l'exécution de leurs dispositions, des condamnations pécuniaires à titre de pure contrainte.

Sans doute le juge qui condamne à la prestation d'un fait *peut sanctionner* sa décision par la condamnation au paiement d'une certaine somme, d'une astreinte, comme on dit dans la pratique, par chaque jour de retard dans l'exécution. Mais, quoique la formule employée soit souvent ainsi conçue : « A peine de... », la condamnation dont il s'agit n'est pas une pénalité, mais une indemnité autorisée par les articles 1142 et 1226, et représente le préjudice, évalué par anticipation, causé par le retard. »

Et, après avoir rappelé le pouvoir souverain d'interprétation, que la jurisprudence reconnaît aux juges, M. Huc se demande :

« Mais quel peut être le fondement d'un si incroyable arbitraire ? C'est, dit-on, que l'article 1029, Code procédure civile, ne parlant que des solutions données par le Code de procédure, aucune disposition de loi n'impose aux tribunaux l'obligation de prononcer d'une manière irrévocable les condamnations à des dommages-intérêts ! Donc, ils peuvent le faire d'une manière comminatoire ! *On ne paraît pas avoir songé à se demander*

*s'il existe une disposition de loi permettant d'accorder des dommages en dehors des conditions indiquées en l'article 1149.*

« Remarquons d'ailleurs que, dans le cas envisagé, le fait de la condamnation principale demeure irrévocablement acquis et que les juges ont, en réalité, *entendu créer un moyen d'exécution en dehors de ceux qui sont autorisés par la loi* (1). »

Dans l'étude, maintes fois citée par nous, de M. Edmond Meynial, le procédé jurisprudentiel de l'astreinte est rattaché à la question plus générale de « la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire (2). » Nous en ferons un bref exposé.

Quand un débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier dispose de différents moyens de l'y contraindre, soit directement (exécution forcée en nature; l'art. 1184), soit indirectement (l'astreinte, etc...). Les premiers lui sont offerts par la loi, les seconds par la jurisprudence.

Elle se vit forcée d'y recourir; autrement — dans le cas où l'exécution *manu militari* est impossible, et, d'autre part, le préjudice causé est minime — le débiteur pourrait se dégager trop aisément des liens de son obligation. Le mode de sanction choisi par la jurisprudence est la condamnation comminatoire à des dommages-

(1) Huc, *Commentaire du Code civil*, t. VII, v. les paragraphes 135, 136 et 145.

(2) *Revue pratique...*, 1884.

intérêts par jour de retard. M. Meynial nous dit que la jurisprudence « distingue entre les obligations de faire soumises à l'article 1142 (1), et celles qui sont en dehors de son application », pour employer la contrainte indirecte seulement quand il s'agit des dernières, qui sont d'ailleurs susceptibles même de l'exécution forcée directe. M. Meynial cite à l'appui de cette observation un arrêt rendu par la Cour de Paris en 1864 (affaire Pourchet-Rosa Bonheur), qui refuse, en effet, d'appliquer l'astreinte, non pas en contestant sa légitimité, mais à cause de la distinction, déjà mentionnée par nous, entre le refus d'exécuter et le simple retard (2). C'est une simple inconséquence qui ne saurait justifier en rien l'assertion de M. Meynial. Il cite lui-même, d'ailleurs, une page plus tôt, un arrêt de Bordeaux (Dalloz, 1870, 2, 208) qui tient un langage assez explicite : « Les dommages-intérêts, alloués par chaque jour de retard dans l'exécution des travaux, ne reposant pas sur des bases certaines d'appréciation, ne sont en réalité qu'un moyen coercitif, employé par les tribunaux pour amener l'exécution des condamnations à *la prestation d'un fait personnel* (3). » Mais, en faisant remarquer la dis-

(1) C'est-à-dire celles qui exigent un fait personnel du débiteur.

(2) V. p. 62 de cette étude.

(3) Il nous semble donc permis d'être d'un avis opposé à celui de M. Meynial. En même sens, v. Esmein, art. précité de la *Revue trimestrielle* (1903), p. 19 : « Nous avons trouvé des astreintes alors qu'il s'agissait d'un fait absolument personnel au débiteur

inction qu'il croit découvrir dans la jurisprudence, M. Meynial a l'air de l'approuver, et c'est en quoi il se fait coupable lui-même d'une inconséquence : en nous expliquant l'apparition de l'astreinte, il nous disait, en effet, qu'elle trouve sa meilleure utilité dans les cas où l'exécution *manu militari* est impossible (v. p. 447 de la *Revue pratique*, 1884).

Après avoir exposé l'évolution de la jurisprudence, M. Meynial l'envisage au point de vue de sa légalité pour lui reprocher :

1° La violation de l'article 1149;

2° L'assimilation du refus d'exécuter au retard dans l'exécution(1), qui (d'après lui) ne se justifie que pour les obligations légales (2);

et qui ne pouvait être accompli que par lui. C'était un mari qui, se portant fort pour sa femme, avait promis d'apporter la ratification de celle-ci (S., 55, 1, 33); c'était un *negotiorum gestor*, ou autre administrateur, qui était tenu de rendre compte (S., 87, 1, 122), etc... — Baudry-Lacantinerie et Barde, v. *Obligations*, 1, p. 425, note 1 : « A notre avis, l'étude de la jurisprudence conduit à constater que les juges ne font nullement cette distinction. Certains arrêts ont appliqué les astreintes à des cas d'obligations personnelles. »

(1) C'est sur deux points que nous voyons la question autrement que M. Meynial : 1° la distinction entre le refus d'exécuter et le simple retard dans l'exécution, parfaitement concevable quand il s'agit de la réparation, nous semble absurde en ce qui concerne l'astreinte (pour détails, v. p. 61-62 de notre étude). — 2° Le reproche adressé à la jurisprudence est trop général : il y a en effet des arrêts qui admettent, même dans l'hypothèse d'une astreinte, la distinction demandée par M. Meynial. (v. Aff. Pourchet-Rosa Bonheur, etc...)

(2) Pour détails, v. p. 53 de notre étude, note 1.

3° Le caractère comminatoire de ces condamnations aboutissant soit à la violation de l'article 1351, soit à la création d'une peine.

Les questions posées par le système jurisprudentiel des astreintes l'ont fourni matière à beaucoup de thèses de doctorat. Le nombre de celles qui aient admis sans réserve l'innovation de la jurisprudence est très restreint; pour être plus précis, nous n'en avons trouvé que deux (1); et encore l'une d'elles (2) ne traite la question qu'incidemment et sur un terrain autre que celui de la légalité.

Dans ce chapitre, nous passerons en revue celles qui ont combattu les astreintes.

— *Thèse de M. Ernest Croissant* (3). — Elle commence par une étude historique assez détaillée sur le droit romain, qui — contrairement à ce que nous aurions pu penser — ne conduit à aucun rapprochement avec la question qui nous intéresse. Suit un exposé des principes du Code, gouvernant cette question; ce sont, d'après M. Croissant, les articles 1142, 1143 et 1144.

(1) Les thèses déjà citées de MM. Hugueney et Vernerey.

(2) V. Hugueney.

(3) *Des Astreintes*, Paris, 1898.

L'auteur nous fait voir ensuite le développement historique des astreintes, pour conclure à leur illégalité, fondé sur les raisons suivantes :

— Leur caractère comminatoire porterait atteinte au principe de la chose jugée ;

— Prononçant une condamnation pour l'avenir, les juges excéderaient leur pouvoir, à l'encontre de l'article 5 du Code civil et...

— des principes : pas de peine sans texte ! pas de peine arbitraire !

Pour condamner, d'un cœur si léger, la jurisprudence, M. Croissant néglige complètement l'article 1134.

*Thèse de M. Berryer* (1). — C'est un reproche qui ne saurait d'aucune manière être adressé à M. Berryer. En effet, son chapitre premier nous fait voir la différence entre le principe romain de la condamnation pécuniaire et le principe moderne de l'exécution en nature (art. 1134), fondement logique du système des astreintes. M. Berryer fait ensuite un double exposé sur la jurisprudence et sur la loi, pour conclure que ce procédé, utile en soi, manque de logique et de fondement légal :

1° L'emploi que la jurisprudence en fait *ne serait pas rationnel* ; il n'est gouverné par aucun critérium, et son cumul avec les moyens d'exécution plus efficaces est particulièrement fâcheux.

(1) *Des Astreintes*, Paris, 1903.

2° Quant au point de vue légal, M. Berryer reproche à la jurisprudence le caractère comminatoire et provisoire de ses condamnations, et leur taux exagéré. Il enferme son raisonnement dans ce dilemme : « Ou on respecte l'article 1351, en appliquant la condamnation comminatoire, c'est-à-dire en violant l'article 1149, — ou bien on respecte cet article en ramenant le taux de la condamnation à la valeur exacte du préjudice, et alors on viole l'article 1351. » En effet, dit-il, les juges ne peuvent pas allouer des dommages-intérêts tantôt d'une façon définitive, et tantôt d'une façon provisoire ; n'étant ni préparatoire, ni interlocutoire, le jugement qui prononce une astreinte est définitif, et on ne saurait pas revenir sur une condamnation définitive — en dehors des voies légales de réformation — sans violer l'autorité de la chose jugée.

Mais ce n'est pas tout. — Les juges méconnaîtraient aussi l'article 1142 qui s'oppose également à la contrainte directe et à la contrainte indirecte. — Où ont-ils pris le pouvoir de prononcer une peine privée ? Le droit moderne n'accorde plus à leur puissance l'ampleur qu'elle avait à l'époque romaine ; le principe de séparation des pouvoirs leur enjoint de s'enfermer rigoureusement dans leurs attributions judiciaires (1).

Et pour conclure, M. Berryer indique les modifications qui pourraient atténuer les défauts les plus graves du

(1) En même sens, dans ces lignes générales, la thèse de M. Albert Bernard (*Théorie des astreintes*), Marseille, 1909.

procédé (fixation d'un critérium ; — fixation d'un taux maximum ; etc...), en opinant pourtant que le procédé lui-même n'est pas indispensable. Il trouve dans la loi deux idées directrices : *a*) l'exécution en nature toutes les fois qu'elle est possible (art. 1134, 1143, 1144) ; *b*) réparation *intégrale* (art. 1149), qui mieux respectée par les juges enlèverait toute utilité à l'astreinte.

*Thèse de M. Ernest Massin* (1). — Elle embrasse une question plus large : l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire. M. Massin pose le principe de l'exécution en nature, et fait voir que l'article 1142 n'est pas pour y déroger : « Ce n'est pas une exception à la règle de la condamnation *ad rem*, mais la nécessité de ne pas en poursuivre l'exécution dans certaines obligations, où elle nécessiterait le recours à une contrainte sur la personne... » Donc, en pure théorie, l'emploi des astreintes serait acceptable ; logiquement, on devrait le restreindre aux seules hypothèses où l'exécution forcée directe est impraticable. Mais, quoique légitime, l'innovation de la jurisprudence ne serait point légale : elle se heurterait aux articles 5, 1149, 1351 du Code civil, et aux principes fondamentaux du droit pénal. Pour conclure, M. Massin propose l'institution de la *peine civile*, « sorte d'amende que l'auteur d'un *délit privé* paierait, non plus à l'État, mais à sa victime (2). »

(1) *De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire*, Paris, 1893.

(2) « Ce serait le système des astreintes légitimé et simplifié :

*Thèse de M. Tournier* (1). — Un exposé du droit romain nous rappelle les moyens de contrainte indirecte qu'on y pratiquait ; c'étaient « la clause pénale » comme moyen conventionnel, le *sacramentum*, les *sponsiones*, la *missio in possessionem* et le *juramentum in litem*, comme moyens légaux. M. Tournier étudie ensuite le système de la jurisprudence française, et son évolution, pour lui adresser les mêmes reproches que M. Massin (2). Conclusion : la contrainte indirecte ne viole pas l'article 1142. Théoriquement, elle est admissible. Modalité : création d'une peine *publique* (amende), applicable en principe aux obligations légales, dont l'inexécution ne peut pas être réparée pécuniairement.

*Thèse de M. Jules Génicon* (3). — Elle a pour objet l'ar-

La peine ne serait plus illégale, puisque la loi permettrait de la prononcer ; elle n'aurait plus besoin d'être prononcée à l'avance par un jugement comminatoire, car le texte qui la justifierait servirait à lui seul de menace sans qu'on eût à l'appliquer avant qu'elle fût encourue ; elle ne serait désormais pas plus arbitraire que les autres peines, puisque par une série de tarifs analogues à ceux que nos lois pénales établissent en matière d'amendes, nos tribunaux seraient toujours soumis à une « taxation légale. » (Thèse précitée, p. 442).

(1) Joseph Tournier, *De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine*. Montpellier, 1896.

(2) En outre, inspiré probablement par M. Meynial (et conséquemment avec lui-même, car il voit dans l'astreinte des dommages-intérêts!), M. Tournier critique « l'assimilation du refus d'exécuter au simple retard dans l'exécution ».

(3) *De la règle « nemo praecise ad factum cogi potest »*. Bordeaux, 1910.

ticle 1142 dans son origine historique : la règle « *nemo praecise cogi potest ad factum* ». L'idée de M. Génicon est très ingénieuse ; remontant à la source de l'article 1142, il nous prouve que ce texte de loi ne s'oppose aucunement à l'idée de contrainte indirecte. Cependant, le procédé de l'astreinte, tel que la jurisprudence l'emploie, se heurterait à quelques dispositions expresses de la loi actuelle (les art. 1351 et 1149, Code civil ; art. 1029, Code proc. civ., etc...). Et, après avoir repoussé la conclusion de M. Berryer, M. Génicon conclut lui-même :

« Nous pensons que la réparation n'est pas suffisante. Le créancier a le droit à l'exécution de l'obligation, et nous voudrions voir édicter une contrainte de nature à forcer le débiteur à lui donner satisfaction. Donc l'article 1149 n'est pas suffisant.

« Pour arriver au résultat que nous désirons, nous pensons qu'une réforme est nécessaire, réforme qui comprendrait quatre points. Nous partons de cette idée, qui nous semble aussi logique qu'équitable, qu'un débiteur qui s'est engagé librement doit fournir au créancier la prestation exacte qu'il a promise, et que la contrainte employée contre lui, au cas de mauvaise volonté de sa part, est légitime. » Et M. Génicon propose : 1° le rétablissement de la contrainte par corps (non la contrainte brutale de l'ancien temps, mais la contrainte par corps, épreuve de solvabilité) ; 2° la création d'un texte légal permettant de réparer le préjudice moral ; 3° donner un sens nouveau à l'article 1142 ; et enfin 4° l'établisse-

ment d'une astreinte — *peine civile*, moyen légal de contrainte.

Comme on le voit, un lien assez étroit rapproche ces trois derniers ouvrages. Assez différents comme manière de poser la question, et comme développements, ils se rapprochent sensiblement quant à la conclusion : l'astreinte, — très utile en fait, logique en théorie et parfaitement conforme aux grands principes du droit des obligations, — est pourtant illégale. La meilleure solution serait l'institution d'une peine, que M. Tournier veut publique, et les autres purement civile (1).

---

(1) V. aussi la thèse de M. Marc Brésard (*La théorie des Astreintes*, Lyon, 1901). « Enfin la jurisprudence a établi dans notre droit la théorie de la peine civile... » (pp. 110 et ss.).

## CHAPITRE II

### ESSAIS DE JUSTIFICATION

---

La théorie des astreintes a trouvé dernièrement des défenseurs convaincus dans la doctrine. En y regardant d'un peu plus près, on pourrait ramener leurs plaidoyers à trois idées directrices :

— Il y a d'abord ceux qui ont défendu les astreintes comme concordantes avec les notions fondamentales du droit privé ou ses tendances nouvelles ;

— Ensuite ceux qui ont essayé de les rattacher aux règles générales concernant l'évaluation des dommages-intérêts ;

— Et, en dernier lieu, ceux qui ont vu en elles un simple moyen de contrainte fondé sur le pouvoir de commandement (*l'imperium*) des juges, institution indépendante n'ayant de commun avec les dommages-intérêts qu'une apparente ressemblance de forme.

A. *Les astreintes par rapport aux notions fondamentales du droit privé ou de ses tendances nouvelles.*

— Nous ne prendrons dans le livre, si riche en idées originales et en aperçus nouveaux, de M. Demogue (1) que ce qui a trait à notre question. Il nous semble suffisant de dire que l'innovation de la jurisprudence lui apparaît en harmonie avec les grandes idées générales qui gouvernent notre droit. Amené à poser le principe de l'exécution en nature, et après avoir constaté qu'elle pût être impossible par force quand le concours du débiteur est indispensable, M. Demogue poursuit :

« A défaut de contrainte directe *manu militari*, il y a la contrainte indirecte, soit par la voie pénale, soit par la voie des astreintes comminatoires. Le procédé, dans son principe, est le même dans les deux cas : peser par la menace sur la volonté du débiteur récalcitrant. En soi, la chose est parfaitement admissible.

« Il suffit, en effet, pour qu'elle soit digne d'approbation, que le trouble causé par l'astreinte ne soit pas supérieur à l'inconvénient résultant de l'exécution en argent... Il suffit que le mal de la peine n'excède pas le mal qu'il veut prévenir. Et surtout, élément plus aléatoire : il faut, en outre, tenir compte de l'avantage général que l'on retirera en forçant indirectement à exécuter

(1) René Demogue, *les Notions fondamentales du droit privé*. Paris, chez Arthur Rousseau, 1911.

en nature, en donnant par là plus de *sécurité* aux titulaires de droits (1). »

Et M. Demogue est porté encore à approuver les astreintes par les conclusions de son chapitre sur « l'action en justice et le rôle du juge (2) », dont nous allons parler plus loin.

— C'est à un autre point de vue que se place M. Hugueney (3). Il étudie, en la justifiant, la résurrection de l'idée de peine privée en droit moderne, et incidemment il est amené de s'occuper de l'astreinte, dont il fait le « couronnement » de cette « évolution régressive ».

Le cadre de son étude ne laisse pas à M. Hugueney le loisir d'envisager l'astreinte au point de vue de sa légalité (« La question paraît capitale et la solution épineuse », nous dit-il), mais ce « phénomène » juridique lui semble d'un intérêt extrême, et il croit que la jurisprudence s'est engagée dans une bonne voie : « Cette incertitude qui plane sur la théorie des astreintes, sommet de la peine privée, sera pour nous seulement ce doute, dont parle Dante, au pied duquel « fleurit le vrai ».

*B. Les astreintes par rapport aux règles générales concernant l'évaluation des dommages-intérêts.* — C'est

(1) V. *œuv. cit.*, pp. 458-459.

(2) *Idem.*..., pp. 534 et suiv.

(3) Thèse précitée.

le point de vue de quelques auteurs qui, ayant apprécié les qualités pratiques de l'innovation jurisprudentielle, ont pris à la lettre la théorie astreintes-dommages-intérêts, et ont essayé d'en atténuer les contradictions les plus fâcheuses par des considérations tirées de la nature particulière du préjudice *moral*.

Nous citons, en premier lieu, les opinions exposées par M. Labbé dans son article de la *Revue pratique* (1). Cet auteur repousse toute idée de peine ou de contrainte, car les condamnations comminatoires prononcées par la jurisprudence ne lui semblent jamais dépasser la valeur du préjudice causé; c'est, au moins, de cet œil que les voit le débiteur qui préfère les encourir plutôt que de s'exécuter. Cela fait que M. Labbé tâchera de fonder le système des astreintes uniquement sur la théorie des dommages-intérêts. Voici ses propres paroles :

« Nous pouvons donc considérer comme règle de la jurisprudence cette idée : les magistrats peuvent prononcer des condamnations pécuniaires, notamment à tant par jour de retard, contre un débiteur qui, tenu d'une obligation de faire, tarde injustement à l'exécuter; mais ces condamnations ne doivent jamais perdre le caractère de dommages et intérêts, c'est-à dire de réparation d'un préjudice... »

(L'appréciation du préjudice, surtout quand il s'agit

(1) *Encore l'affaire de Beauffremont* (*Revue pratique*, 1881).

*d'intérêts moraux*, est souverainement faite par les juges du fond. Mais si les juges fixent discrétionnairement le chiffre des sommes que devra payer le débiteur obstiné dans sa désobéissance, ils ne sont pas libres d'attribuer à qui bon leur semble le bénéfice de la condamnation. Ce bénéfice doit être attribué à la personne lésée par la rébellion du débiteur contre la justice). L'idée de peine, de peine plus ou moins arbitraire, l'idée du juge confiant, à son choix, à l'un des plaideurs le soin de faire respecter ses ordres par une contrainte doit être écartée. »

Est-il nécessaire de combattre une pareille théorie, après ce que nous avons dit sur les notions respectives de « contrainte » et de « réparation ». D'ailleurs, M. Labbé dit lui-même, un peu plus loin :

« A l'égard de la personne condamnée, la condamnation a le caractère d'un moyen de contrainte : soit, nous n'avons aucune raison pour le contester. A l'égard de la personne qui bénéficie de la condamnation, cette condamnation a le caractère d'une réparation. » D'accord ! Mais, quand la réparation sera intervenue, c'est que l'astreinte aura vécu : demeurée inefficace, elle lui aura laissé le champ libre.

Une idée analogue à celle de M. Labbé est celle développée, dans sa thèse, par M. Leroux (1).

« Nous voilà, dit M. Leroux, aux prises avec deux théories bien opposées : la théorie de la doctrine, con-

(1) Leroux, *les Astreintes*, thèse, Paris, 1902.

forme aux strictes principes juridiques, et, d'autre part, la théorie de la jurisprudence qui poursuit, il faut l'avouer, un but moral et juridique : moral, il est de toute évidence et de simple bonne foi qu'un individu doit exécuter une obligation par lui contractée, une promesse ; juridique en ce sens que les conventions tiennent lieu de loi entre les parties (art. 1134).

Quel parti prendre ? Doit-on s'incliner aveuglément devant la jurisprudence en sa seule qualité de jurisprudence ? Doit-on interpréter le droit de la façon la plus large, sans s'inquiéter des textes de la loi ? Ou, enfin, tout en respectant la loi, et en profitant des tendances jurisprudentielles, n'y a-t-il pas moyen de concilier, du moins pour la théorie qui nous occupe, la jurisprudence et la doctrine ?... » (P. 125.)

— Oui, se répond à lui-même M. Leroux, et il nous propose de fonder cette conciliation sur l'observation des trois règles suivantes :

1<sup>o</sup> Le tribunal a le droit d'apprécier les dommages-intérêts très largement *quand il statue pour l'avenir* ;

2<sup>o</sup> Le tribunal peut tenir compte du *préjudice moral* ;

3<sup>o</sup> Le tribunal a le droit d'accorder un terme en faveur du créancier (1).

Louable comme intention, la théorie de M. Leroux pêche en faisant de l'astreinte une suite de l'idée de ré-

(1) Idées prises par M. Leroux dans le cours de M. Boistel sur la philosophie du droit civil.

paration, et cela à une époque où la jurisprudence elle-même s'est décidée à écarter cette fâcheuse méprise. Elle nous semble donc un peu surannée.

C. *L'astreinte, simple moyen coercitif, fondé par l'imperium du juge.* — Le premier auteur ayant soutenu cette manière de voir — la bonne, croyons-nous — est, à notre connaissance, M. Planiol (1). Elle a reçu une confirmation éclatante dans l'article publié quelque temps après par M. Esmein dans la *Revue trimestrielle* (2)...

M. Planiol considère l'astreinte comme une *véritable peine*, « mais prononcée *seulement à titre comminatoire* et pour le cas, seulement, où le débiteur n'exécuterait pas son obligation dans le délai fixé par le tribunal (3) ». Nous avons déjà dit ce que nous pensons du caractère pénal attribué à l'astreinte (4). Contrainte et peine nous semblent en effet notions différentes. En tant qu'astreinte, la condamnation prononcée est une pure menace ; *dès qu'elle se réalise, elle devient réparation, ce que comprennent bien les juges quand ils interviennent pour la réduire à la valeur du préjudice causé.*

(1) V. la deuxième édition (1901) de son *Traité élémentaire de droit civil*.

(2) Article déjà cité : *Revue trimestrielle*..., 1903.

(3) Voyez les quelques pages, si lumineuses et si claires, que consacre M. Planiol au *Système des astreintes*, dans le tome II de son ouvrage tant de fois cité.

(4) Première partie, chapitre I, p. 20.

Si nous insistons tellement sur cette distinction, ce n'est pas que nous trouvions quelque chose à reprendre dans l'opinion exprimée par M. Planiol. Il spécifie, en effet, que la peine est seulement une éventualité sur laquelle porte la menace (1); il nous semble bien voir dans ses propres paroles que *la peine* et *la contrainte* sont l'une envers l'autre dans le rapport de « moyen » à « but ! Cela nous l'admettons bien, et si nous préférons cependant éviter le mot « peine », c'est que l'observateur non prévenu pourrait l'appliquer à la condamnation *définitivement* encourue.

M. Esmein lui-même est tombé dans cette erreur. Après une étude sur la jurisprudence et sur les contradictions engendrées par la conception de l'astreinte-dommages-intérêts, il conclut que les soi-disant dommages-intérêts sont, en réalité, une peine privée. En effet, remarque M. Esmein, ils sont prononcés à raison du retard mis dans l'exécution de l'ordre du juge et non de celui apporté dans l'exécution de l'obligation. *Il s'agit directement de punir une désobéissance et non de réparer un préjudice.*

Cette conception n'a pas nos suffrages. Faire de la condamnation encourue la peine d'une désobéissance (2), c'est dire que l'astreinte est illégale, car il est

(1) V. les propres paroles de M. Planiol que nous citons un peu plus haut, et (à la page 20 de cette étude) la définition qu'il donne de l'astreinte.

(2) M. Haurion a compris M. Esmein de la même manière que

certain que les juges n'ont d'aucune manière le pouvoir d'inventer des peines ; et, en second lieu, c'est méconnaître son caractère essentiel, qui est d'être un moyen actif, un stimulant, pour en faire une simple sanction passive.

Loin de nous l'intention d'écarter définitivement la sanction passive. Elle viendra bien à son heure, quand l'astreinte qui est une menace aura échoué ; mais alors ce ne sera point une peine, mais un équivalent. Et, comme nous l'avons dit tout à l'heure, si les juges reviennent sur leur première décision, c'est qu'ils se rendent compte parfaitement de cette vérité : sachant qu'il leur est interdit de punir en dehors de la loi, ils font rentrer leur condamnation dans les limites d'une simple réparation (art. 1149) (1).

S'il y a une peine dans l'astreinte, elle y est seulement à l'état de menace comme le veut M. Planiol ; mais, encore une fois, nous préférons renoncer à cette notion, car elle entraîne l'idée de sanction passive qui est pour dénaturer complètement le sens intime de notre institution.

nous. En définitive, nous dit-il, d'après M. Esmein, « l'astreinte civile n'est pas une forme de dommages-intérêts moratoires... C'est une injonction du juge, et bien que le bénéfice soit pour le plaideur, si l'astreinte est maintenue, c'est une peine civile pour désobéissance à l'ordre du juge ». (Note précitée sous Sirey, 1907, 3, 65).

(1) Si des fois le chiffre en semble exagéré, c'est que le préjudice moral y est représenté à côté du préjudice matériel.

Quant à l'étude de M. Esmein, c'est dans sa partie historique que réside pour nous sa valeur exceptionnelle. Appuyé sur la doctrine et la jurisprudence anciennes, M. Esmein prouve, en effet, que les juges ont toujours eu, en France, le pouvoir de prononcer des injonctions (ordres adressés aux parties) et de les sanctionner par des condamnations pécuniaires. Ce point de tradition établi, étant donné l'article 1036 du Code de Procédure civile et le silence du Code Civil, notre tâche sera beaucoup plus aisée quand il s'agira d'établir la légalité de l'astreinte (1).

(1) Parmi les thèses de doctorat, il n'y en a qu'une seule — celle, déjà citée, de M. Alexandre Vernerey — qui justifie l'innovation de la jurisprudence, en considérant l'astreinte comme un simple moyen coercitif. Le travail de M. Vernerey nous semble très intéressant et très bien fait; il s'applique à démolir une à une les objections de la doctrine, pour lui opposer, en fin de compte, l'autorité de la tradition, source formelle de droit. Il n'y a qu'un reproche que nous aurions à faire à M. Vernerey : c'est que son argumentation, si nette et si judicieuse, est à peine indiquée sur certains points, et non les moins importants.

---



## TROISIÈME PARTIE

### ESSAI CRITIQUE

---

#### CHAPITRE PREMIER

#### RÉFUTATION DES OBJECTIONS

#### FONDAMENTALES

---

Après avoir écouté d'une oreille si attentive les objections de la doctrine, essayons d'enfermer son raisonnement en quelques propositions. A l'entendre :

— La question de la contrainte indirecte ne pourrait même se poser pour les obligations à un fait personnel (art. 1142).

— Si cela était pourtant, on ne saurait point y employer les dommages-intérêts, car l'article 1149 en fait un simple moyen de réparation.

— En voulant le respecter, on ramène la condamna-

tion dans ses limites; mais alors c'est *l'autorité de la chose jugée* (art. 1351) qu'on viole. Au contraire...

— ... laissez-vous subsister la condamnation, telle qu'elle fut prononcée, vous créez une peine sans texte...

— ... ou, tout au moins, une voie d'exécution nouvelle, inconnue à la loi...

— ... et c'est en quoi le juge excède gravement ses pouvoirs.

#### OBJECTION TIRÉE DE L'ARTICLE 1142

La question de la contrainte indirecte ne saurait même se poser, nous disent à l'envi MM. Aubry et Rau, Demolombe, Larombière (1)... L'article 1142 s'oppose également aux moyens de contrainte personnelle, directe, et aux moyens indirects : condamnation à tant par jour de retard, ou autres.

Pourquoi cela?... MM. Aubry et Rau, Demolombe, Larombière le veulent ainsi; ils se contentent de l'affirmer, sans nous en donner leurs raisons. Mais la doctrine est loin d'être unanime sur ce point initial. En réalité, l'article 1142 a une portée beaucoup plus restreinte. Il pose, en effet, le principe de transformation en argent pour les obligations non exécutées volontai-

(1) MM. Aubry et Rau limitent leur défense aux obligations à un fait personnel. Demolombe et Larombière l'étendent à toutes les obligations de faire. V. le ch. I, deuxième partie de notre étude.

rement par le débiteur, mais *uniquement* pour le cas où l'exécution par la force demanderait « l'emploi de moyens violents contraires à la liberté individuelle ». Les travaux préparatoires au Code et l'étude évolutive de la règle *nemo praecise cogi potest ad factum* sont décisifs sur ce point.

La doctrine ne pouvait pas l'ignorer.

Parlant de l'adage que nous venons de rappeler, M. Huc nous dit : « Cette règle elle-même n'est qu'une exception. La règle générale c'est que l'obligation de faire doit être ramenée à exécution par la force publique. *C'est par exception seulement et dans le cas où il faudrait pour y arriver violenter la personne du débiteur*, que par la force des choses, le créancier devra se contenter de dommages-intérêts (1).

Laurent : « Dès que la *liberté du débiteur n'est pas compromise*, dès que l'on n'exerce pas de *violence contre sa personne*, l'obligation de faire ne diffère plus en essence de l'obligation de donner (2). »

M. Planiol : « Lorsque l'obligation a pour objet un travail ou un ouvrage, c'est-à-dire un acte ou une série d'actes, et que le débiteur refuse de les accomplir, l'exécution forcée est impossible : « *Nemo praecise cogi potest ad factum* », dit un vieil adage. *La raison en est que l'exécution obtenue serait presque toujours défec-*

(1) Huc, VII, par. 135.

(2) Laurent, XVI, 259.

*tueuse* et surtout qu'elle exigerait l'emploi de *moyens violents* contraires à la liberté individuelle (1). »

Demante et Colmet de Santerre : « Les articles 1142, 1143, 1144 ne doivent pas être séparés l'un de l'autre parce que ceux-ci corrigent ce que celui-là peut avoir de trop absolu. S'il est vrai de dire que le plus ordinairement le débiteur d'une obligation de faire ne peut être condamné qu'à des dommages-intérêts, *c'est là plutôt la constatation d'un fait que l'énoncé d'une règle de droit* (2).

M. Meynial : « En principe, toute obligation, même de faire ou de ne pas faire, doit être exécutée en nature par le débiteur ; et le créancier a le droit de faire appel à la force publique pour l'y contraindre. On peut en donner comme preuve l'article 1134, d'après lequel les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi. C'est dans ce sens que Bigot-Préameneu a pu dire dans son exposé au Corps législatif : « Il n'est aucune espèce d'obligation, soit de donner, soit de faire ou de ne pas faire, qui ne repose sur ces règles fondamentales. » (Fenet, XIII, p. 229). C'est donc seulement quand *l'exécution est impossible* qu'il est permis de recourir à l'exécution par équivalent...

(1) Planiol, II, n° 173.

(2) Demante et Colmet de Santerre ; voir n° 60 bis, art. 1142.

L'article 1142 a en vue cette *dernière hypothèse et formule l'exception au principe* (1).

Baudry-Lacantinerie : « Les articles 1143 et 1144 ne sont que la conséquence d'un même principe, savoir que le créancier a le droit à l'exécution directe de l'obligation *toutes les fois qu'elle est possible*. L'action de la justice, pour procurer cette exécution, ne doit s'arrêter *que devant une impossibilité matérielle*, comme il arrivera par exemple s'il s'agit d'un artiste qui a promis de peindre un tableau et qui refuse de s'exécuter : Il faudra bien, en pareil cas, que le créancier se contente de dommages et intérêts, car nulle puissance humaine ne peut contraindre le peintre à prendre ses pinceaux, et, d'un autre côté, comme le talent personnel de l'artiste a été, nous le supposons, pris en considération, il ne peut être question de faire exécuter l'obligation par un autre à sa place. C'est là, nous l'avons dit plus haut (n° 859), tout ce que signifie la maxime *nemo praecise cogi potest ad factum*, qui exprime une impossibilité de fait et non une impossibilité de droit (2). »

On voit bien, dans ce cas que nous venons de citer, la portée réelle de l'article 1142 et sa double raison d'être (3).

(1) Meynial, œuvre précitée, p. 398.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis...*, t. II, n° 887.

(3) Nous n'ignorons pas que M. B.-L. veut, contrairement à Laurent, donner pour base unique à l'art. 1142 « l'impossibilité de fait » contre laquelle viendrait se buter l'exécution forcée directe quand il s'agit d'une obligation à un fait personnel. Mais il est permis de penser que M. B.-L. n'exprime qu'une vérité partielle : le fondement de l'art. 1142 est double, nous le faisons

Il pose, comme nous l'avons dit tout à l'heure, le principe de transformation en argent pour les obligations non exécutées par le débiteur, mais uniquement pour le cas où l'exécution par la force demanderait l'emploi de moyens contraires à la liberté individuelle, c'est-à-dire uniquement pour les obligations à un fait personnel. Et voici les raisons qui ont conduit le législateur :

C'est d'abord, l'*impossibilité matérielle* de forcer utilement le débiteur à exécuter son obligation ; la qualité et la nature du fait à accomplir, supposant le jeu libre de ses aptitudes personnelles, font qu'il ne puisse pas l'exécuter sous la pression d'une contrainte directe. En second lieu, le respect dû à la personnalité humaine et l'état des mœurs de l'époque où nous vivons s'opposent à ce qu'on puisse être contraint brutalement, par la

voir dans les pages qui suivent. D'ailleurs M. B.-L. lui-même est sur le point de dire : «... nulle puissance humaine ne peut contraindre le peintre à prendre ses pinceaux... », cette partie de la phrase se rapporte aussi bien à l'impossibilité morale, et nous sommes tentés de dire *seulement* à l'impossibilité morale, car la partie qui suit se rapporte, elle, à l'impossibilité matérielle : « ... et, d'un autre côté... » Ensuite, un témoignage irréfutable : Bigot-Préameneu (Fenet, trav. prép., XIII, p. 232), parlant de l'art. 1142, nous dit dans son exposé de motifs : « L'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, au cas d'une exécution de la part du débiteur. Le motif est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire et à ne pas faire une chose, et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats. » Est-ce poser assez clairement le double point de vue dont nous parlions ?..

force physique, à l'accomplissement d'un acte quelconque.

Mais cette double considération, qui nous impose à rejeter l'emploi de la *manus militaris*, ne se retrouve pas à l'égard de la contrainte indirecte. Comme nous l'avons déjà dit, *il n'y a pas impossibilité morale* : La liberté du débiteur ne saurait point être atteinte par ce moyen détourné, qui opère seulement sur sa volonté ; — car il ne s'agit que de la liberté physique ; sa liberté morale, le débiteur l'a engagée en s'obligeant, — et la contrainte indirecte n'est qu'un facteur déterminant de plus dans ce qu'il est convenu d'appeler le libre jeu d'une volonté. Il n'y a qu'une raison de plus qui pousse le débiteur à prendre la résolution *libre* de faire certaine chose. « *Coacta voluntas tamen voluntas* », disaient les Romains. Et puisqu'il s'agit d'une résolution ancienne, prise par la force de la parole engagée, le débiteur devrait plutôt montrer de la déférence envers cette intervention discrète qui lui conseille de se respecter soi-même en respectant sa parole. — Et *il n'y a pas impossibilité matérielle non plus* : seule la contrainte physique pourrait faire impossible le jeu des aptitudes personnelles indispensables pour la qualité de l'œuvre due. Les gendarmes ne réussiraient jamais à forcer le peintre de faire un bon tableau, tandis que la contrainte indirecte, n'opérant que sur son esprit, ne saurait affecter en rien ses qualités professionnelles. D'ailleurs, M. Baudry-Lacantinerie lui-même arrive aux mêmes conclusions. Parlant

d'un acteur qui eût promis de jouer sur un théâtre, il pense qu'aucune puissance humaine ne saurait l'obliger de faire ce qu'il a promis : « On ne peut pas songer à l'y contraindre directement par l'emploi de la force publique, parce que la nature des choses s'y oppose ; et on ne peut pas davantage l'y contraindre indirectement (1), en exerçant des violences sur sa personne, par exemple en le contraignant par corps, parce que la loi n'autorise pas, et avec raison, l'emploi de ce moyen. *Que reste-t-il alors ? Uniquement la ressource à une condamnation à des dommages-intérêts* (2)... »

O, nous savons bien que notre auteur n'admet pas pour cela l'emploi des dommages-intérêts comme moyen de contrainte, c'est-à-dire hors les limites de l'article 1149. Mais cela n'est pas pour nous émouvoir ! Voulant donner « l'impossibilité de fait » comme fondement unique de l'article 1142 (à l'encontre « de la théorie des auteurs qui rattache cette règle au principe de l'inviolabilité de la liberté individuelle »), M. Baudry-Lacantinerie est amené à reconnaître la légitimité, ou, si vous préférez, l'efficacité d'une condamnation pécuniaire. Et quand par la considération du but, parfaitement moral et légal en soi, nous admettons l'emploi de cette condamnation pécuniaire comme moyen de con-

(1) Le mot *indirectement* est employé ici dans un sens différent de celui que nous lui donnons d'habitude.

(2) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis...*, II, n° 859.

trainte, M. Baudry-Lacantinerie ne saurait point nous le reprocher, lui qui — en droit — est prêt à recourir à la contrainte matérielle directe toutes les fois où elle serait efficace. Il nous dit, en effet : « Voilà, selon nous, tout ce que signifie le vieil adage *nemo praeclise cogi potest ad factum* qui signale l'existence d'un obstacle de fait, plutôt que de droit, à l'exécution forcée de l'obligation. *S'il était possible* de contraindre matériellement le débiteur à faire ce qu'il a promis de faire, la loi devrait autoriser cette contrainte *alors même qu'il faudrait user de violence sur la personne du débiteur*, car il a enchaîné sa liberté, en s'obligeant de faire ce qu'il a promis. N'accorderait-on pas le secours de la force publique à l'acheteur d'une maison, non seulement pour lui permettre d'en prendre possession si le vendeur refuse de la livrer, mais aussi pour jeter le vendeur à la porte s'il s'obstine à ne pas vouloir sortir ? Refuserait-on ce même secours à l'acheteur d'un objet mobilier pour forcer le vendeur, qui le garde dans sa poche, de le délivrer ? Et cependant il faudra dans l'un et l'autre cas exercer une violence sur la personne du débiteur. Mais cette considération n'a pas dû arrêter le législateur, parce qu'à l'aide de cette violence on peut atteindre directement le but proposé.

Nous approuvons donc une décision, que tous les auteurs critiquent, et par laquelle le tribunal de la Seine a autorisé l'emploi de la force publique pour faire enlever un acteur qui persistait à jouer sur un théâtre, en

violation de l'engagement formel qu'il avait pris de n'y pas paraître, etc. (1). »

Nous demandons la permission de n'aller pas si loin. S'il n'y avait pas d'impossibilité matérielle à contraindre directement le débiteur, dans l'espèce citée par M. Baudry-Lacantinerie, des considérations d'un ordre plus élevé nous enjoignent de nous y tenir à la contrainte indirecte. (D'ailleurs, on n'a pas réussi à retrouver la décision mentionnée du tribunal de la Seine.) Mais les paroles que nous venons de citer nous aident à préciser notre point de vue.

Il est vrai que, pour les obligations de donner, la loi, dans l'article 1138, rend propriétaire par l'effet même de l'obligation celui à qui est dû un corps certain. L'article 1142 proclame, au contraire, que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts quand le débiteur ne l'exécute pas. Donc, dans l'hypothèse du droit réel de propriété, l'emploi de la *manus militaris* est légitime. Cette distinction repose sur la différence de nature entre un droit réel et un droit personnel ; dans le premier cas, le rapport qui rattache la chose au titulaire du droit conduit à la contrainte directe (2) ; dans le dernier, simple rapport entre deux personnes, une conception élevée de la liberté et de la dignité humaines s'oppose à cette contrainte. Mais, en considérant la théorie très ingénieuse de M. Planiol sur la vraie

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis...*, II, n° 859.

(2) Laurent, XVI, n° 198.

nature obligatoire des droits réels (1), on se rend compte aisément que cette distinction n'a aucune base rigoureusement scientifique. Il n'y a aucune différence *de principe* qui s'oppose à l'application de la contrainte directe elle-même aux obligations de faire. Cela ne veut point dire que nous l'admettions. Non ! *mais ce sera à cause de son inefficacité et de son immoralité*, vices qu'on ne saurait jamais reprocher à la contrainte indirecte.

D'ailleurs la simple existence dans le Code des articles 1143 et 1144, à côté de l'article 1142, devrait conduire à la même conclusion ceux qui pensent que ce dernier texte s'oppose également à la contrainte directe et indirecte. En effet, pour les obligations, à un fait *non personnel* (et cette distinction n'a aucune importance particulière pour ce que nous voulons établir), l'exécution directe, que mettent à la disposition du créancier les articles 1143 et 1144, s'accomplit toujours *malgré le débiteur* ; et, comme nous l'avons montré à la page 53, cette exécution peut très bien prendre pour lui un autre aspect que celui de simple réparation ; donc la volonté du débiteur souffre une atteinte, et sa liberté ne s'en trouve point amoindrie. Par conséquent, on ne saurait non plus reprocher un amoindrissement de liberté à l'atteinte que souffre la volonté du débiteur *astreint* à un fait personnel ! Et comme, d'autre part, la nature de la contrainte indirecte ne s'oppose d'aucune manière à

(1) Planiol, I, n° 2160.

la parfaite exécution de l'obligation, nous voilà arrivés au même résultat, par une autre voie.

Mais revenons un peu aux propres termes des auteurs que nous combattons.

« Lorsque l'obligation consiste à faire une chose », M. Larombière pense « que le parti pris par le débiteur de ne pas la faire oppose une force d'inertie invincible... La puissance de la loi vient se briser contre la volonté de l'homme, qu'elle n'essaie pas même de vaincre par des moyens de contrainte directe... »

Est-ce possible ? Faut-il penser que l'illustre civiliste ait mesuré avec soin la portée de ces paroles ? Sommes-nous donc réduits à admettre que devant la volonté individuelle insurgée contre elle-même et contre la loi, cette même loi soit réduite à rester impuissante et ignorée, résignée et ridicule, se contentant de couvrir de son regard indifférent la violation des engagements, germe destructeur de toute vie juridique et sociale !... Non, décidément, nous sommes loin de cette extrémité. Il est préférable de penser que les paroles que nous venons d'entendre ne disent pas tout à fait ce qu'eût voulu dire M. Larombière.

M. Demolombe veut fonder son opinion sur « les termes mêmes de l'article 1142 : Décider, en effet, que, en cas d'inexécution, l'obligation *se résout*, c'est bien reconnaître qu'elle se transforme, et qu'elle n'a plus désormais pour objet que des dommages-intérêts ».

Nous n'avons rien contre cette vérité, mais il s'agit de savoir si l'article 1142 a une portée si générale qu'il en a l'air et si son intervention se place réellement *après le refus du débiteur* d'exécuter volontairement.

En commençant par le dernier point, il nous semble que ce texte de loi n'est pas de force à renverser le principe posé par l'article 1134. Le débiteur ne saurait point, par son refus obstiné, afficher impunément son mépris de la loi et de la parole engagée, mettant à néant un rapport juridique dont il n'est pas le terme unique. Cette humble vérité est d'une autre envergure qu'on ne le pense, et nous aurons à revenir sur elle. Pour le moment, il nous suffit de citer à notre appui les paroles si nettes de M. Meynial : « En réalité, l'article 1142 s'applique, non pas à l'hypothèse de défaut d'exécution volontaire, mais à celle d'impossibilité d'exécution forcée en nature ; *il se place seulement après le jugement qui condamne au fait* et qui ne peut pas être exécuté *manu militari*, et c'est en ce cas seulement qu'il est vrai de dire que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts, car c'est ici seulement qu'il est impossible de donner au créancier une autre satisfaction (1). »

Quant à l'autre point, nous avons déjà indiqué la portée réelle de l'article 1142. D'ailleurs, M. Demolombe lui-même nous dit :

(1) Meynial, *œuv. cit.*, p. 431. Voyez notre note 2 à la page 62 de cette étude.

« Il faut, suivant nous, reconnaître que les termes de l'article 1142 sont trop généraux ; et l'explication en est simple : il ne paraît pas douteux que la pensée du législateur, qui les rédigeait, se portait particulièrement sur celles des obligations de faire ou de ne pas faire, dont l'exécution ne pourrait être obtenue que par un moyen de contrainte personnelle contre le débiteur ; voilà l'objet de sa disposition dans l'article 1142, qui consacre la maxime (1)... »

Il nous semble donc suffisamment établi que l'article 1142 doit être considéré à la lumière de l'article 1134, et corrigé — dans ce qu'il a de trop général — par les articles 1143 et 1144 ; il n'est qu'un texte d'exception, fondé sur les raisons que nous avons établies.

Son origine historique confirme cette manière de voir (2). Il est tiré, en effet, de la maxime tant de fois citée, *nemo praecise cogi potest ad factum*, qui ne nous vient pas du droit romain, comme on pourrait le penser : ce fut le président Antoine Favre qui lui donna cette forme au commencement du xvii<sup>e</sup> siècle, mais la règle elle-même fut formulée par les Glossateurs, qui la fondaient sur une interprétation erronée d'un texte du Digeste.

(1) Demolombe, XXIV, n<sup>o</sup> 488 *in fine*.

(2) Pour la partie qui suit, nous nous sommes beaucoup servi de l'ouvrage de M. Baudry-Lacantinerie et Barde (I, n<sup>o</sup> 429 et suiv...) et de la thèse, déjà citée, de M. Jules Génicon. Toutes les citations sans mentions spéciales sont empruntées à ce dernier auteur.

«Au moyen âge, au moment de la renaissance du droit romain en Italie, on remarque que les obligations de donner, portant sur le simple transport d'une richesse séparée et existante, se prêtaient beaucoup mieux à l'exécution en nature *manu militari*, que les obligations de faire portant sur la création d'une richesse encore à l'état virtuel. Or, on retrouve toujours, à cette époque, deux idées dominantes : créer des définitions d'abord, en cherchant partout des distinctions et des sous-distinctions, car c'est le travail auquel s'est acharnée la scolastique du moyen âge, rattacher ensuite au Digeste en droit, comme à Aristote et Platon en philosophie, tous les principes qu'on trouvait raisonnables, sous prétexte que des ouvrages d'une si haute perfection devraient avoir tout prévu et tout compris, et que la science devrait se borner à les analyser soigneusement pour tout y rapporter (1) ». Or, les vieux juristes trouvèrent au Digeste un texte de Celse qui s'appliquait à merveille à la remarque qu'ils avaient faite (2); ils comprirent que ce texte posait pour les obligations de faire — à la différence des obligations de donner — le principe de la condamnation pécuniaire. Tel n'était pas pourtant le sens du passage cité « qui ne faisait au contraire qu'appliquer le droit commun aux obligations de faire ». Cette erreur était excusable, tant qu'on ne connut le droit romain qu'à travers les compilations du Bas-Empire.

(1) Massin, thèse précitée.

Ce n'est qu'après la découverte, par Niebuhr, du manuscrit de Gajus à Vérone, que la lumière devait se faire sur ce point.

Cependant, la théorie des Glossateurs s'accommodait assez mal aux besoins de la pratique. « Elle était en contradiction avec les textes qu'il fallait dénaturer pour leur donner un sens conforme. Trop étroite était la conception des obligations de donner ; trop large, celle des obligations de faire. A la fin du <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle, on éprouve le besoin de préciser les domaines respectifs de ces diverses obligations, et l'on essaie, non point de supprimer la règle trop rigide, mais de la modifier. » Vinnius, le premier, distingua entre les obligations de faire celles qui ont pour objet des *nuda facta* (ou un *merum factum*), et celles qui portent plutôt sur la *rei alicujus praestationem*, pour réserver la condamnation pécuniaire aux premières, les autres étant, en effet, tout aussi bien que les obligations de donner, susceptibles de l'exécution *ad rem*. Les conséquences de cette nouvelle théorie, si éloignée de celle des Glossateurs, et qui fut soutenue plus tard par Pothier, se font voir assez vite. On s'aperçoit, d'abord, que la chose créée en violation d'un engagement pourrait être détruite sans qu'il soit nécessaire de s'en prendre à la personne du débiteur, — et on retrancha les obligations de ne pas faire laissant des traces apparentes du champ de celles sujettes à condamnation pécuniaire. Mais « on va plus loin encore : on ne tiendra aucun compte du mauvais vouloir du débiteur quand

l'acte qu'il se sera engagé d'accomplir sera, non pas un fait externe, mais un fait interne, c'est-à-dire une manifestation de volonté. — *La contrainte corporelle, la violence sur la personne, n'auront pas à intervenir*, et dès lors l'exécution forcée sera possible ; l'autorité de justice suppléera à la manifestation de volonté que ne veut pas fournir l'obligé (1). » C'est ce qui arrivera pour la promesse de vendre : le consentement du débiteur peut être suppléé par un jugement « qui ordonnera que, faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra pour contrat (1) ».

*Le droit civil français est donc arrivé (au XVIII<sup>e</sup> s.) à réserver la condamnation pécuniaire aux obligations ayant pour objet un fait personnel et corporel*, et cela pour la raison *qu'elles n'auraient pas été susceptibles d'exécution en nature sans l'emploi d'un moyen de contrainte directe et physique sur la personne même du débiteur* (2). L'ancienne maxime, bien qu'ayant conservé toujours sa forme première, ne saurait aucunement renverser la déclaration de principe posée par l'article 1134 ; elle n'a qu'une valeur d'exception (3). Le législateur de

(1) Pothier, *Traité du contrat de vente* (éd. Berville), t. III, p. 50 (cité par M. Génicon).

(2) V. en même sens, l'art. précité par M. Meynial.

(3) Il y a des auteurs (MM. Bandry-Lacantinerie et Barde, I, p. 473 de la 3<sup>e</sup> éd.) qui considèrent l'art. 1142 comme inutile et dangereux. Le Code italien n'en connaît pas d'analogue ; la législation anglaise aboutit au même résultat en laissant à la *Cour of Equity* un pouvoir discrétionnaire pour condamner à la prestation du fait. Le Code civ. allemand est aussi très favorable à

1894, qui a fidèlement suivi Pothier sur cette matière, ne l'aurait pas quitté sur un point si important sans le dire. D'ailleurs, ce législateur a eu lui-même le soin de rétrécir le sens trop général de l'article 1142 par les deux articles qui lui succèdent. O, nous savons bien qu'on a voulu amoindrir l'article 1144, partant de ce qu'il dit : « le créancier peut... », tandis que l'autre dit : « le créancier a le droit... » (1), mais cette supposée différence ne repose

l'exécution en nature (V. par exemple l'art. 249 pour les obligations délictuelles).

(1) C'est l'opinion de MM. Aubry et Rau : quand il s'agit d'une obligation de ne pas faire (travaux effectués en contravention d'un engagement), c'est une *obligation* pour le juge d'autoriser leur destruction ; au contraire, quand il s'agit d'une obligation de faire, il dispose de la faculté d'accorder, ou non, l'exécution des travaux aux frais du débiteur (IV, par. 299 et note 14, p. 65 de la 5<sup>e</sup> éd.). Voici la réponse de M. Baudry-Lacantinerie : «... *Peut aussi*. Cette locution indique, non pas une faculté pour le juge d'ordonner ou de ne pas ordonner l'exécution aux dépens du débiteur quand elle est possible, *mais bien une faculté pour le créancier de la demander*. En un mot, le juge *doit* ordonner l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, aux dépens du débiteur, toutes les fois qu'elle est demandée par le créancier et que d'ailleurs elle est possible. Cela résulte avec évidence, à notre avis, du mot « aussi » qui prouve que l'art. 1144 est conçu dans le même ordre d'idées que l'art. 1143 ; or il est certain que ce dernier article accorde au créancier *le droit d'exiger* que la justice ordonne, quand elle est possible, la destruction de ce qui a été fait en violation de l'engagement... » (*Précis...*, II, n<sup>o</sup> 887). Mais on a voulu aller plus loin que MM. Aubry et Rau ; M. Larombière pense, en effet, que l'obligation d'accorder l'exécution en nature n'existe pour le juge pas même dans l'hypothèse de l'art. 1113, et il appuie cette opinion sur les mots : « ... *et il peut* se faire autoriser... » (v. l'art. 1143.), pour conclure que la sanction établie par les deux articles n'est qu'un équivalent (I.) art. 1143 et 1144). Ce sont des affirmations qui ne supportent pas la discussion.

sur rien. MM. Baudry-Lacantinerie, Huc, Demante et Colmet de Santerre, et beaucoup d'autres l'ont prouvé de manière irréfutable (1).

### *Conclusion*

Le double fondement historique de l'article 1142 — impossibilité morale, impossibilité matérielle, — qui interdit de manière absolue l'exécution forcée directe pour les obligations à un fait personnel (et corporel), ne s'oppose aucunement à la contrainte indirecte.

### OBJECTION TIRÉE DE L'ARTICLE 1149

Il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur cette objection. Ce que nous avons dit sur l'évolution de la jurisprudence laisse voir assez nettement qu'elle ne saurait avoir pour nous aucune portée. *Contrainte* et *réparation* sont notions différentes.

L'apparente ressemblance de forme entre les condamnations comminatoires et les dommages-intérêts moratoires ne doit pas nous le faire oublier : il nous semble, en effet, que *la condamnation pécuniaire à tant par jour de retard n'est, en elle-même, qu'un simple moyen*, et non pas un but. Ce but pourrait bien être la

(1) Huc, VII, 138; Demante, V, art. 1143-44; Laurent, XVI, 199; Mourlon, II, p. 497; Marcadet et Pont, IV, 513...

réparation d'un préjudice causé, mais ce peut être tout aussi bien l'intention de forcer le débiteur à exécuter lui-même, et en nature, son obligation. Le moyen est permis ; c'est la loi qui l'a créé. Quant au but, il est également moral et légitime dans les deux hypothèses.

Ce qu'on a dit sur le pouvoir souverain des tribunaux pour la fixation du chiffre de la condamnation en fait de préjudice moral (1) nous semble parfaitement judiciaire, et nous en ferons notre profit quand il s'agira de prouver que la condamnation subie ne saurait être une peine, pas même quand le taux en paraît exagéré, — mais, pour l'instant, en ce qui concerne la condamnation *comminatoire*, nous repoussons encore une fois cette confusion entre un simple moyen de contrainte et la réparation.

#### OBJECTION TIRÉE DE L'ARTICLE 1351

On nous dit que, par le fait de revenir sur la condamnation une fois prononcée, les juges méconnaîtraient le principe d'autorité de la chose jugée.

Est-ce bien vrai ?

Nous demandons la permission d'en douter, et voici nos raisons :

(1) V. Labbé, art. cité de la *Revue pratique* (1881). Leroux, thèse précitée.

Fidèle à la méthode que, nous avons choisie, tâchons de voir quelle est la raison d'être, *le but*, de l'article 1351. Ce point établi, voyons si l'emploi que les juges font de leur pouvoir saurait méconnaître ce but. En second lieu, essayons d'établir à quelle partie d'un jugement s'attache l'autorité de la chose jugée : est-ce à la *sanc-tion*, ordre du magistrat qui soutient la déclaration du droit contesté, *ou bien à cette déclaration elle-même*.

a) *But de l'article 1351*. — Tous les auteurs que nous avons consultés sont unanimes sur ce point : c'est, d'une part, la nécessité de mettre fin aux contestations et procès pour assurer le développement tranquille de la fortune privée ; et, d'autre part, le désir d'éviter le scandale des contradictions judiciaires, qui ne serait pas pour affermir l'autorité morale, dont toute justice a un impérieux besoin (1). Reprenant, avec une légère

(1) V. Baudry-Lacantinerie, *Précis...*, II, n° 1284 : « Il fallait bien qu'il en fût ainsi ; autrement les procès n'auraient pas eu de fin, puisque ce qui a déjà été jugé aurait pu être remis perpétuellement en question, ce qui eût été une occasion permanente de trouble dans la société et, par suite, une atteinte à l'ordre public. L'autorité que la loi attache à la chose jugée offre encore l'avantage de prévenir le scandale qui résulterait de la contradiction de plusieurs décisions judiciaires relatives à un même litige : rien ne serait plus propre à affaiblir le respect dû à la justice. Elle aura, sans doute, pour effet, dans quelques cas isolés, de consommer une iniquité, car les juges ne sont pas infail-libles ; mais l'intérêt privé doit se taire devant l'intérêt général. » En même sens : Larombière, V, art. 1351 ; — Demolombe, XXX, n° 279 et suiv. ; — Laurent, XX, I et suiv. ; — Lacoste, *Chose jugée...* ; — Donatien Vel, *Autorité de la chose jugée*, thèse ; — Dufour, *idem...*

retouche, les paroles de M. Gaston Griolet (1), nous dirons que le but de l'article 1351 n'est pas de créer le droit déclaré par le jugement, mais *d'assurer l'irrévocabilité et l'efficacité de cette déclaration*. Or, en revenant sur la condamnation comminatoire déjà prononcée, soit pour la rendre plus propre à vaincre la résistance illégale du débiteur, soit pour la rapporter, que fait le juge, sinon assurer le respect de cette déclaration de droits irrévocable, et son efficacité ?

— Mais, pourraient répliquer nos adversaires, soit : nous consentons à ce que le but de l'article 1351 ne soit pas méconnu par les juges ; il reste pourtant à voir si les termes mêmes de cet article permettent au juge de revenir des fois sur la décision prononcée. Ne serait-ce pas une exception vraiment dangereuse pour l'autorité même de l'article 1351, qui en sortirait affaiblie ?

b) *Cela nous mène à nous demander : à quelle partie d'un jugement s'attache l'autorité de la chose jugée ?...*

— En le décomposant en *motifs*, simples *énonciations* et *dispositif*, on nous dit que c'est au seul dispositif que revient cet honneur. Il ne saurait y avoir aucun doute sur ce point ; les auteurs sont unanimes.

— Au dispositif!... Analysons un peu ce mot. Représente-t-il une notion unitaire ? Il est permis d'en douter.

(1) Griolet, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile et criminelle* ; Paris, chez Marescq, 1868.

Ce terme, un peu froid et pédant, nous fait le mauvais service d'entraîner une confusion; en effet, dans ce qu'on appelle communément le dispositif d'un jugement, on peut distinguer facilement une *déclaration de droits* (la reconnaissance, par le juge, du droit contesté) et la *sanction* de cette déclaration (1): la seconde est fondée sur la première et ne saurait point exister sans elle.

La déclaration de droits est parfois exprimée en termes formels, souvent elle n'est que sous-entendue. C'est à elle, *uniquement* à elle (2), que s'attache l'autorité de la chose jugée, car c'est elle qui forme l'objet du jugement. Or, les propres termes de l'article 1351 nous disent: « L'autorité de la chose jugée n'a lieu *qu'à*

(1) Griolet, *op. cit.*, p. 102: « Nos jugements civils ont le double effet que nous avons attribué en théorie à tous les jugements: ils *déclarent* et ils *sanctionnent* les droits contestés. »

(2) *Idem*, p. 103: « La déclaration rendue par le juge sur les droits des parties n'est pas en général formellement exprimée. Mais notre doctrine ne pouvait pas, en s'arrêtant à ce dispositif incomplet, tomber dans une erreur qu'avaient évitée les jurisconsultes romains et méconnaître le principal effet des jugements. On a donc toujours admis qu'il résultait des jugements une déclaration sur les droits des parties, fondement de la condamnation ou absolution, faisant l'objet du jugement (art. 1351), *véritable chose jugée*, à laquelle doit appartenir l'autorité qui dérive de l'irrévocabilité des jugements... Il s'ensuit qu'il n'y a lieu de considérer ni l'ordre sanctionnateur qu'a poursuivi la partie dont le droit a été jugé, ni le moyen par lequel la partie a essayé de justifier la déclaration qu'elle a sollicitée. *Ce n'est pas, en effet, à l'ordre sanctionnateur, ce n'est pas au moyen, c'est au droit jugé lui-même que s'attache l'autorité du jugement...* ».

*l'égard de ce qui fait l'objet du jugement* (1). » Est-ce dire qu'elle ne s'attache jamais à la sanction du droit déclaré? Aucunement! Mais pour cela il faut que la sanction soit un but en elle-même, qu'elle participe en quelque sorte de l'objet du jugement, ayant la valeur d'un équivalent. (Et c'est à quoi voulaient nous faire venir ceux qui font de l'astreinte une application de la théorie de dommages-intérêts!) Or, ce sont les jugements portant sur cet équivalent qui cachent le plus souvent dans la sanction prononcée à la déclaration de droits qui la fonde; et cela s'explique à merveille. Mais la condamnation comminatoire, simple *moyen* de mettre en valeur la déclaration de droits, comment saurait-elle passer pour un équivalent? Et comment saurait-elle participer de la chose jugée?... Ce serait une méprise difficilement justifiable.

Et puis, remontant à la source: « autorité de la chose jugée » veut dire *vérité* de la chose jugée. Or, parlant clair, saurait-il s'agir de vérité à propos d'un ordre? On peut bien dire d'un ordre qu'il est confus ou qu'il

(1) Les juges qui ont prononcé l'arrêt du 22 novembre 1841 (V. pp. 24-25) ont très bien compris cette chose; ils posent d'une manière parfaitement claire la distinction entre les *decisoria judicis* et les *ordinatoria*. L'autorité de la chose jugée s'attache bien aux premiers, mais non pas aux seconds. On verra un peu plus loin que ces deux catégories de *judicia*, si éloignées en apparence, se trouvent rejointes dans ce qu'on appelle un jugement comminatoire. Le principe posé par l'arrêt de 1841 fut repris par M. Esmein; il en fit le point de départ de la thèse qu'il soutint avec tant d'éclat dans son article de la *Revue trimestrielle*.

est clair, qu'il est excessif ou incomplet, mais un homme raisonnable ne dira jamais : ordre vrai ! Et si on peut le dire pourtant de la sanction réparatoire, c'est qu'en tant qu'équivalent elle remplace l'objet même du droit contesté.

c) *Analyse du jugement comminatoire.* — Mais nous aurions pu arriver au même résultat par un autre chemin. En effet, considérant avec attention une disposition judiciaire, n'importe laquelle parmi celles que nous avons citées, on verra aisément que ce qu'on comprend sous l'expression un peu générale de *jugement comminatoire* n'est en réalité que la connexion de deux décisions différentes : il y a d'abord la *décision*, définitive celle-là, qui reconnaît au demandeur le droit d'obtenir la satisfaction qu'on lui doit, et, en second lieu seulement, juxtaposée à la première et pouvant être modifiée sans que l'autre en pâtisse, il y a une décision *provisoire* : la condamnation à tant par jour de retard (1).

Or, tous les auteurs, ceux-là même qui nous opposent l'article 1351, affirment à qui mieux mieux que l'autorité de la chose jugée ne porte jamais sur les décisions provisoires.

(1) M. Berryer nous dit (v. p. 105 de notre étude) que le jugement prononçant une astreinte, n'étant ni interlocutoire ni préparatoire, est définitif. M. Berryer oublie la troisième catégorie de jugements *non* définitifs : les jugements provisoires. V. Lacoste, *De la chose jugée* (Paris, Larose, 1904).

D'autre part, et heureusement, on ne trouve aucune circonstance où l'on puisse reprocher aux juges de s'être attaqués à la décision définitive (1) : celle-là, seule à considérer, ne reste découverte que devant les voies légales de réformation, et c'est pour la faire respecter que les juges essaient de rendre plus efficace le moyen accessoire de contrainte.

### *Conclusion*

L'objection tirée de l'article 1351 ne porte pas non plus.

L'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à la déclaration de droits, objet du jugement et fondement de l'ordre sanctionnateur ; en revenant sur cet ordre, les juges s'inspirent du but même de l'article 1351 qui — en parfait accord en cela avec un autre article principal l'article 1134 — leur enjoint de faire respecter la vérité proclamée par le jugement, c'est-à-dire *son objet*.

### OBJECTION TIRÉE DU CARACTÈRE PÉNAL DE LA CONDAMNATION DEVENUE DÉFINITIVE

« ... ou bien on respecte l'article 1351 en appliquant la condamnation comminatoire, c'est-à-dire en violant

(1) « Remarquons d'ailleurs que, dans le cas envisagé, *le fait de la condamnation principale demeure irrévocablement acquis...* » (Huc, VII, pass. déjà cité au ch. I de la 2<sup>e</sup> P.). « Or, attendu...

l'article 1149». C'est le dernier terme du dilemme dans lequel M. Berryer enfermait l'argumentation de nos adversaires, et cela veut dire que la condamnation comminatoire réputée définitive, après être demeurée inefficace, serait une peine. Or, se chargent-ils de nous rappeler : « Il n'y a pas de peine sans texte », et « il n'y a pas de peine arbitraire (1) ».

Loin de nous l'intention de nier le bien-fondé de ces deux postulats du droit pénal moderne. Mais il nous semble qu'en conservant sa condamnation comminatoire *comme définitive*, le juge ne crée pas précisément une peine. A propos d'une question comme celle-ci, on doit considérer surtout les faits, et après un examen attentif de la jurisprudence, nous prenons sur nous d'affirmer que ces condamnations ne dépassent jamais les limites de l'article 1149. Lorsque la menace prononcée est restée inutile, les juges sont toujours intervenus pour réduire le chiffre de la condamnation à la valeur d'équivalent. Ils ont très bien compris où finit le rôle de la contrainte et où commence celui de la réparation, dernier refuge du droit méconnu. Ce que nous avons dit sur l'évolution différentielle de la jurisprudence nous dispense d'insister plus longuement sur ce point.

que les juges peuvent revenir sur leur décision, toujours provisoire *sur ce point* (celui de la condamnation comminatoire), et déclarer, suivant les circonstances, que les dommages-intérêts ne sont pas dus... » (Indo-Chine : 29 avril 1910, D., 912, 2, 71, déjà cité).

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 440 (2<sup>e</sup> éd.).

Il se peut cependant que les juges aient laissé subsister leur première condamnation sans la modifier en rien : c'est qu'alors elle leur aura semblé représenter exactement le préjudice souffert par le créancier. Il se peut aussi que la condamnation définitivement encourue par le débiteur paraisse dépasser ce préjudice ; il faut s'en méfier : ce n'est qu'une simple apparence. A côté du préjudice matériel, toujours aisé à constater, il y a le préjudice moral, d'une consistance un peu flottante et vague. Il rentre bien cependant dans les prévisions de l'article 1149 (1). Et ce préjudice moral a une portée double : il atteint non pas seulement un intérêt particulier, mais aussi un intérêt d'ordre général, la méconnaissance de l'autorité judiciaire et de la loi elle-même (car l'art. 1134 donne force de loi à la convention régulièrement formée) frappe dans ses bases l'organisation sociale. Le préjudice est grave. C'est la société constituée tout entière qui en pâtit, mais elle est plus particulièrement frappée dans un de ses membres, et c'est là que doit aller la réparation ; les juges auront la faculté de l'apprécier très largement, car il s'agit avant tout d'un préjudice moral (2).

(1) En ce sens : Planiol, II, n° 252 ; Chausse, *De l'intérêt d'affection* (*Revue critique*, 1895) ; Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, thèse, Paris, 1901. Pour la controverse entre MM. Baudry-Lacantinerie et Chausse, v. la thèse de M. Berryer, p. 106 et suiv. . .

(2) A M. Berryer nous répondrons avec ses propres arguments. Après avoir trouvé dans le Code les deux idées directrices qui, mieux respectées par les juges, eussent rendu superflue l'astreinte

Mais nos adversaires pourraient nous observer : Il ne s'agit pas seulement de la condamnation comminatoire devenue définitive, mais aussi de la condamnation comminatoire elle-même, qui va — elle aussi — grossir les revenus du créancier. En vertu de quel principe ? Ce ne saurait plus être celui de la réparation, car il s'agit maintenant du moyen de contrainte :

— Mais pas du tout ! *Le moyen de contrainte n'est qu'une menace*, et toute condamnation *subie* par le débiteur ne peut être — dans les termes de la loi civile — qu'une réparation. Cependant vous ne devez pas oublier que, à côté du dommage causé par l'inexécution, il y a parfois un dommage résultant du simple retard dans l'exécution. La condamnation restée inefficace comme astreinte pendant certain nombre de jours peut

(V. p. 106 de notre étude), il continue : « Mais, d'une part, ils (les juges) ont bien souvent négligé de procurer au créancier l'exécution directe, alors cependant que cela était possible ; d'autre part, *ils ne l'indemnisent*, pour ainsi dire, *jamais complètement du préjudice que lui cause l'inexécution*. Jamais un plaideur n'est mis dans la situation exacte qu'il aurait eue si son adversaire ne l'avait obligé à faire un procès. Alors même qu'il gagne ce procès, il y a des éléments dont les juges ne tiendront jamais compte. » (Ainsi : le temps perdu, les dérangements, les soucis... etc.). C'est ce qui donne courage aux débiteurs récalcitrants qui « savent qu'au point de vue pécuniaire il est souvent plus avantageux pour le créancier d'abandonner son droit que de le réaliser en justice... » (p. 197). Eh bien, M. Berryer devrait être content : tous ces éléments qu'il reproche aux juges de négliger nous semble figurer dans la réparation dont le taux lui paraît dépasser les limites de l'art. 1149. (O, ce ne serait pas impossible, mais alors c'est une simple question de fait.)

bien être transformée en dommages-intérêts moratoires à cumuler avec l'exécution en nature ou, à son défaut, avec les dommages-intérêts compensatoires.

Pour finir avec cette objection, il nous semble qu'elle n'est qu'une suite de la méprise sur la vraie nature de l'astreinte : en effet, si on comprenait bien qu'elle *fin*it en même temps que la menace, on ne pourrait pas lui adresser un reproche qui dans le meilleur cas devrait viser *la réparation*.

#### L'ASTREINTE EST-ELLE UNE VOIE D'EXÉCUTION ?

C'est Laurent qui le dit : « La loi *détermine* les voies d'exécution qu'elle autorise (1)... »

Donc, c'est une voie d'exécution, et... non autorisée par la loi.

Nous demandons la permission de penser autrement. Qu'est-ce, en effet, qu'une voie d'exécution ?... (Prenons une saisie quelconque : la saisie immobilière). — C'est l'intervention de la force publique dans le but de sauve-

(1) Laurent, XVI, n° 301. En même sens, Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 478-9 : « La vérité c'est qu'il recourt à une voie d'exécution non établie par la loi. » — Huc, VII, pas. déjà cité : « ... les juges ont, en réalité, entendu créer un moyen d'exécution en dehors de ceux qui sont autorisés par la loi. »

garder les intérêts pécuniaires du créancier, intervention qui se traduit par la mainmise sur l'immeuble du débiteur et sa vente aux enchères. C'est une exécution forcée, et ce sera une exécution en nature quand le créancier aura reçu la satisfaction qui lui était due (meuble saisi et rendu au propriétaire), ou une réparation quand il aura reçu un simple équivalent ; mais ce sera toujours une exécution directe, car elle porte directement sur le patrimoine du débiteur. On dit aussi *contrainte* directe, mais c'est une dénomination peu correcte. « Contraindre » veut dire, en effet, agir sur la volonté de quelqu'un pour le forcer à donner ou à faire quelque chose ; or il n'y a rien de cela dans l'exécution forcée. La contrainte laisse toujours une place à l'initiative personnelle de celui qui est contraint : c'est lui qui agit, de sa propre volonté. Voilà pourquoi *la contrainte est toujours un moyen indirect*, à la différence de l'exécution qui est l'unique voie directe. C'est tellement vrai que pour exprimer par le même mot, l'intervention qui force *corpore* le débiteur à faire certain acte, on sent le besoin de lui changer le sens par une explication qui le suivra, — et on dit alors *contrainte directe sur la personne*.

Qu'il nous soit donc permis de penser que l'astreinte, simple moyen de contrainte, n'est pas une voie d'exécution (1). Quant à l'autorisation légale, elle peut bien

(1) Planiol, II, n° 210 : « Par sanature, la théorie des astreintes se rattache à la matière des voies d'exécution ; si ce *n'est* pas à

être nécessaire pour les voies d'exécution ; quand on sait, en effet, qu'elles ne sont rien de moins qu'une intrusion de la force brutale dans la vie civile, on comprend que la loi en ait voulu fixer avec soin le nombre et la modalité. Mais pour l'astreinte, qui n'est rien de tout cela, nous demandons la grâce d'une consigne moins sévère.

#### OBJECTION TIRÉE DU PRINCIPE DE LA SÉPARATION

##### DES POUVOIRS

Les deux objections précédentes ayant été rejetées, celle-ci tombe d'elle-même. Pourtant, arrêtons-nous un instant.

On reproche aux juges : 1° d'excéder leur pouvoir en se prononçant par voie de disposition générale et réglementaire à l'encontre de l'article 5 du Code civil ; 2° embrassant la question sous un aspect plus général, de

proprement parler une voie d'exécution, *c'est tout au moins un moyen indirect*, et très efficace, d'assurer l'exécution du jugement. » On ne saurait pas reprocher à cette phrase claire et précise la confusion que nous repoussons ; il nous semble que M. Planiol laisse voir assez nettement la différence qu'il y a entre une voie d'exécution et ce qui est « tout au moins un moyen indirect ». Nous croyons superflu d'insister sur le fait que l'astreinte vise toujours l'exécution de l'obligation elle-même, tandis que les voies exécutoires portent le plus souvent sur sa transposition pécuniaire.

méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs en créant soit une peine, soit une voie d'exécution, ou — tout au moins — en donnant aux dommages-intérêts une fonction non prévue par la loi.

Ainsi : violation de l'article 5 ! Nous ne félicitons pas les auteurs de cette objection (1). Qu'y a-t-il donc de général ou de réglementaire dans une condamnation comminatoire ? Les dispositions visées par l'article 5 supposent, non seulement l'avenir comme champ d'application, mais aussi — et essentiellement — une généralité de visés (2).

On nous dit aussi que les juges donnent aux dommages-intérêts une fonction non prévue par la loi ; on les accuse de s'arroger un pouvoir dont ils auraient pu disposer dans la Rome des préteurs.

Rappelons d'abord ce qui nous semble suffisamment établi : La condamnation pécuniaire (on dit à tort dommages-intérêts) n'est pas un but en elle-même, mais un simple moyen ; elle devient réparation ou contrainte selon les circonstances. En lui-même, le moyen est

(1) Massin et Croissant, thèses précitées.

(2) V. Esmein, art. précité de la *Rev. trim.*, p. 50 : « Tout ce que lui (il s'agit du juge) a défendu le législateur moderne, c'est de faire des règlements généraux statuant pour *l'avenir* et à *l'égard de tous*. Mais, quand il émet à l'égard de l'une des parties en cause un ordre ou une prohibition *qui se rapporte et se limite à l'objet du débat*, il ne fait rien de tel, comme l'a fait très justement remarquer la Cour de Cassation (13 déc. 1886 : S., 87, 1, 176).

permis ; quant au but, il est tout aussi juridique et moral quand il s'agit de contrainte que dans l'hypothèse de la réparation.

Et même si cela n'était pas, si le moyen employé par le juge n'était pas fourni par la loi, faudrait-il penser que, dans les limites de ses pouvoirs légaux, ce juge soit réduit à l'impuissance, loin de toute possibilité d'initiative personnelle ? Serait-il admissible que ce juge moderne, facteur éminent de la formation sociale, organe intelligent (ou censé tel), tirant précisément la beauté de sa mission de la somme de compréhension qu'il lui faut pour suivre et satisfaire les exigences multiples qui fondent le progrès, — serait-il admissible que ce juge soit réduit au triste rôle de comparse sans parole, que lui vaudraient ceux qui jurent au nom du principe de la séparation des pouvoirs ?

Nous demandons la permission d'en douter.

C'est, d'ailleurs, une question sur laquelle nous aurons à revenir. Pour l'instant, nous donnerons à nos adversaires une double réponse :

1° Les juges ont toujours eu, en France, certaine faculté d'initiative personnelle. Bien loin de nous l'intention de les comparer sur ce point aux prêteurs romains, qui disposaient pleinement du pouvoir créateur, le vrai pouvoir législatif ; mais nous serions tout aussi loin de la vérité en niant leur pouvoir de prononcer des ordres et des injonctions. M. Esmein en a fait la preuve irréfu-

table (1). Il a prouvé même (appuyé sur Claude de Ferrière, Guy Rousseau de la Combe et Ant. Mornac) (2), que ces « injonctions » étaient souvent sanctionnées par des condamnations pécuniaires (3). Eh bien, rien ne s'oppose à ce que les juges aient conservé ce pouvoir. Voyez, en effet, l'article 1036 du Code de procédure civile qu'invoque M. Esmein, et qui, leur donnant le droit de prononcer des injonctions, « doit naturellement leur donner le moyen de se faire obéir (4) ». M. Esmein invoque aussi l'opinion de l'un des plus éminents repré-

(1) Article précité de la *Revue trimestrielle* (1903). M. Esmein prend à son appui : *Le speculum juris* de Guil. Durand; le livre III, ch. II, des *Six livres de la République* de Bodin (1629), le *Traité des offices* (l. I, ch. v, n° 19 et suiv.) de Loiseau; le *Traité de l'administration de la justice* (Paris, 1771; l. I, pp. 2 et 3) de Jousse; le *Livre des droits et commandements d'office de justice*, coutumier du xiv<sup>e</sup> siècle publié par M. Beautemps-Beaupré; etc..., etc...

(2) Ferrière, *La jurisprudence du Digeste conférée avec les ordonnances royaux, les coutumes de France et les décisions des Cours souveraines*, Paris, 1687, t. I, p. 184; — Guy Rousseau de la Combe, *Recueil de jurisprudence des pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 1736; — Ant. Mornat *Opera*, Paris, 1721.

(3) Voici quelques mots assez éloquents par eux-mêmes que nous empruntons à une citation que fait M. Esmein d'un petit livre de pratique du xvii<sup>e</sup> siècle (*Nouveau stile et protocole des notaires, tabellions, greffiers et autres praticiens*, Troyes, 1637) : « Et par ces mesmes personnes mandons au premier sergent de la Prévosté sur ce requis qu'au paiement desdits taux et impost il contraigne ceux qui pour ce seront à contraindre par prise de leurs biens et autrement par toutes voies et manières dues et raisonnables... »

(4) Planiol, II, n° 210.

sentants de la magistrature à l'époque du Code (1), et l'autorité de la tradition rendue considérable par le silence du Code civil.

2° Quant au principe de la séparation des pouvoirs qu'on veut nous présenter comme un dogme indiscutable et absolu, il serait bon de nous entendre d'abord sur la manière dont il faut le comprendre. Or, les constitutionnalistes modernes sont unanimes à nous dire que « séparation des pouvoirs » est loin de signifier « isolation » des pouvoirs. Tout en restant séparés, les trois pouvoirs font partie d'un organisme vivant ; ils sont soudés l'un à l'autre : c'est un engrenage. L'idée de séparation rigoureuse n'est qu'une abstraction (2).

Le juge qui reconnaît le bien-fondé d'un droit doit disposer de la puissance nécessaire pour le faire triompher. Autrement, son autorité ne serait qu'une illusion et sa mission qu'un leurre.

(1) Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, 1810.

(2) Simonet, *Droit public* (4<sup>e</sup> édition), Paris, 1902, p. 13 : « Cependant il ne faudrait pas exagérer les conséquences de ce principe : les pouvoirs publics sont les rouages d'un même organisme ; ils doivent tendre au même but. Par conséquent, tout en les séparant pour garantir leur indépendance réciproque, il est nécessaire de les rapprocher pour assurer leur action commune. » En même sens : St. Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs* (Paris, 1881) et *Droit Constitutionnel* (Paris, 1885, p. 81 et suiv.) ; — Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*... Paris, 1909, p. 392 et suiv... Dernièrement, le principe de séparation, considéré en lui-même, a été fortement discuté. V. le livre très intéressant de M. Woodrow Wilson (*Congressional government a study in american politics*), que cite M. Esmein.

« ... La réalisation objective du droit dans la vie, l'énergie avec laquelle ce qui est reconnu et proclamé nécessaire est poursuivi et exécuté, voilà ce qui consacre sa vraie valeur (1). »

(1) Ihering, *Esprit du droit romain*, t. 3, p. 16 (3<sup>e</sup> édition de la Trad. Meulenaere).

---

## CHAPITRE II

### CONSTRUCTION D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

---

De ce que nous venons de dire, une vue d'ensemble nous permettra de détacher aisément la conception générale qui doit ramener les astreintes à une idée unique. C'est la jurisprudence elle-même qui nous fournit les éléments de cette synthèse.

En étudiant attentivement son évolution, en déterminant les principes légaux qui la dirigent, en prenant les mots pour ce qu'ils sont, sans leur attacher une valeur absolue quand la méprise paraît hors de doute, la confusion apparente qui semble régner sur cette question se dissipe d'elle-même, et la conception de l'astreinte, simple moyen accessoire de contrainte mis au service de l'exécution en nature, se met en valeur sans peine, par la seule force de ce qui est.

Ce moyen est puisé par le juge dans son *imperium*,

qui avec la juridiction sont les deux faces de sa mission. C'est donc son pouvoir de commander qui l'autorise à créer en marge de la loi, également loin de l'idée de réparation et de celle de voie exécutoire, mais pourtant dans leur explicable voisinage, ce pur moyen de contrainte, que nous tâcherons de fonder sur la loi elle-même, et aussi sur les tendances nouvelles et les idées générales qui semblent présider l'évolution du droit moderne.

C'est à la lumière de l'article 1134 que le problème doit être envisagé. Si quelque doute subsistait à ce point, il suffirait de considérer la place qui lui est assignée dans le Code : posté à la tête du troisième chapitre du titre III, livre III, il forme à lui seul la déclaration de principe qui domine toute la question des effets des obligations. Nous avons dit *à lui seul*, car l'article 1135, dernière partie de cette section du chapitre III, loin d'avoir une portée analogue, n'est que l'extension du même principe (1). Considérez ensuite les termes mêmes de l'article 1134 et les paroles dont les accompagne M. *Bigot-Préameneu*, dans son exposé de motifs : « Après avoir rassemblé les éléments nécessaires pour former une obligation valable, le consentement des parties, leur capacité, une chose ou un fait qui soit l'objet et la matière de l'engagement, une cause légitime,

(1) En effet, l'art. 1134 pose un fait nouveau : « Les conventions légalement formées... etc... » ; l'art. 1135 ne fait qu'étendre cet effet aux « suites que l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation... »

on a eu à régler quels sont les effets des obligations. C'est ici que se présente d'abord *le principe qui sert de base à cette partie du Code civil*, et qui s'y trouve exprimé en ces termes clairs et simples :

« Les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites (1).

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement naturel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134).

Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (art. 1135).

« Il n'est aucune espèce d'obligations, soit de donner, soit de faire ou de ne pas faire, qui ne repose sur ces règles fondamentales : c'est à ces règles qu'on a recours pour les interpréter, pour en déterminer tous les effets (2). »

(1) « Paroles énergiques, observe M. Laroombière, qui, en élevant les contrats à la hauteur de la loi, leur en communiquent la grandeur et la majesté. » Et plus loin : « L'obligation qui résulte de tout contrat est préexistante à la loi civile. Le législateur l'a trouvée toute créée et n'a qu'à en régler les détails d'exécution et les modes de poursuite. Que l'homme puisse contracter et s'obliger, c'est la plus grande des nécessités sociales, le plus noble attribut de la liberté et de la moralité humaines. Tout contrat reçoit sa première sanction de la conscience, de même qu'il puise toute sa force dans la volonté des contractants.... En s'appuyant ainsi sur la morale, les lois civiles auront doublé de force. » (T. I, art. 1134, nos 1 et 2.)

(2) Locré, t. XII, *Eléments du commentaire VIII*, n° 30, p. 325. — En même sens : Rapport de Favard. (*Idem*, *Comment. IX*, n° 29, p. 430).

Les auteurs seront donc unanimes à reconnaître à l'article 1134 une valeur principale.

Puisque telle est la vérité, quelle en est la première conséquence ? C'est, sans doute possible, le principe de l'exécution en nature de l'engagement, car *l'obligation* existe pour être accomplie. Que peut-il y avoir de plus important dans une convention qu'elle-même ? Dire qu'elle a force de loi, c'est dire qu'elle doit être réalisée dans toute sa teneur, voire dans son objet même. Et puisqu'il est généralement admis (1) que l'article 1134 *s'adresse également aux juges* (2) et aux parties con-

(1) Laurent, XVI, n° 178; — Demolombe, XXIV, nos 387 et ss.; Larombière, I, art. 1134; — Aubry et Rau, IV, par. 346, p. 560 de la 5<sup>e</sup> édition.

(2) V. Berryer, thèse précitée, pp. 69 et ss., exposée en détail la controverse très intéressante sur « la question de savoir si la violation d'une convention par les juges donne ouverture à cassation, comme la loi elle-même ». a) *Jurisprudence*. — Jusqu'en 1808 la Cass. a admis l'affirmative (19 prairial an VII; 3 prairial an VII; 1<sup>er</sup> ventôse an X; 26 pluviôse an XI; 5 thermidor an XIII, etc...). Combattue par Merlin, cette jurisprudence semble avoir été abandonnée en 1808 : arrêt solennel du 8 fév. 1808; Req., 5 juill. et 7 sept. 1808, etc... — Etat actuel, après une longue évolution : 1° Si les juges refusent d'appliquer les dispositions d'une convention claire, ou s'ils s'arrogent le droit de la modifier sciemment, leur décision sera cassée par la Cour : Cass., 3 août 1873, D. 74, 1, 65; Cass., 10 mai 1875, D. 75, 1, 198; Cass., 23 mars 1886, D. 86, 5, 43, ... etc...; 2° Mais, si la convention étant obscure, la violation provient d'une erreur d'interprétation, c'est là une question de fait dont les juges du fond sont appréciateurs souverains : Req. 22 oct 1865, D. 66, 1, 108; 24 févr. 1868, D. 68, 1, 308; 18 juill. 1871, D. 1, 283..., etc... 3° Quand, après avoir reconnu la nature d'une convention, les juges négligent d'appliquer les règles légales, leur décision sera cassée, mais alors il s'agit plutôt de la violation de la loi.

tractantes, les juges sauront que c'est vers l'exécution en nature que doivent tendre leurs efforts, dès qu'ils auront reconnu la validité de la convention, objet du litige. C'est un point essentiel de notre argumentation, le procédé de l'astreinte n'étant qu'un stimulant à cette exécution.

— Mais, pourrait-on se demander, pourquoi l'exécution en nature à tout prix ? C'est par elle qu'on devrait commencer, entendu ; mais, quand le débiteur la refuse, tout aussi bien qu'en cas d'impossibilité matérielle, la loi n'a-t-elle pas eu le soin de poser le principe de la réparation pécuniaire ? Or, le débiteur a ce droit de refuser<sup>(1)</sup> ; c'est de sa liberté inviolable qu'il le tient. Responsable pécuniairement dans les limites de son engagement, il dédommagera le créancier qui n'aura à supporter aucune perte.

— Ah ! et qui vous dit que le créancier ne subira aucune perte ? La réparation du dommage matériel, la seule qui puisse être toujours proportionnée à l'étendue exacte du préjudice causé, n'est pas tout ! Le créancier voulait certain fait, on lui donne de l'argent. Même si l'argent valait deux fois plus que le fait, il y a des cas

b) *Doctrine*. — Demolombe (XXIV, n° 388) ; Baudry-L. et Barde (I, p. 314) ; Colmet de Santerre (v. n° 79 *bis*) ; Laurent (XVI, n° 180) ; Huc (VII, n° 88) sont pour l'affirmative. — Marcadé, Duranton, jamais, pas même en cas de violation manifeste.

(1) Laurent, XVI, 198 : « L'homme est libre de ne pas remplir ses engagements, sauf à supporter les conséquences de cette inexécution... »

où ce ne serait point assez, car il ne saurait pas remplacer pour le collectionneur multimillionnaire le tableau ou la statue qu'il voulait avoir. Et ce n'est pas seulement dans ces hypothèses, d'une application peu fréquente, où la personnalité du débiteur puisse donner une valeur irremplaçable au fait promis, **que** le créancier supporte un préjudice : il existera, bien que moindre, dans toutes celles où celui-ci avait ses raisons pour préférer certain fait à l'argent dont il se dépouillait.

Le principe de l'exécution en nature des obligations est un de ceux à la sauvegarde desquels on ne saurait jamais veiller assez jalousement. Il est un des pivots de la vie sociale. Quelles relations d'affaires resteraient possibles si celui qui *doit* pouvait toujours remplacer à son aise la prestation due par sa valeur pécuniaire? Et celui qui n'a que son génie ou son talent, comment et dans quelles conditions serait-il réduit à placer son activité si ceux qui la lui achètent étaient exposés à se voir rendre inopinément leur argent? Non. L'exécution des engagements doit être assurée. La moralité courante le veut, la vie sociale le demande, la loi l'ordonne. Les juges savent ce qu'il leur reste à faire.

Et puis, « le droit du débiteur à refuser l'exécution », ... sur quoi fondez-vous cela?

— Mais le débiteur est libre, et il ne peut pas aliéner cette liberté!

— Libre? Parfaitement. Mais qu'est-ce donc que la

liberté? — C'est la faculté d'user à sa guise de ce qu'on a et *de soi-même* dans le but de satisfaire ses besoins ou ses désirs. Or, le débiteur qui s'engage envers son créancier, que fait-il? Il dispose librement de son activité à son propre avantage, et cet avantage même doit lui commander de vouloir toujours ce qu'il a voulu une fois jusqu'à ce qu'il l'ait obtenu par l'exécution de son engagement. Que le débiteur puisse avoir changé de besoin ou de désir, c'est parfaitement admissible en soi, mais sa liberté, entière tant qu'il tournait dans sa propre orbite, se limite à la liberté des autres, quand il se laisse entraîner dans l'engrenage d'un rapport de droit.

« Liberté inaliénable », dites-vous! Mais que fait-il donc ce débiteur si fier quand il s'engage à un fait ou à une abstention? « Il abandonne » à son co-contractant « la direction absolue sur une portion de sa propre activité (1) »; il lui donne le droit sur une partie de cette même liberté.

Ce qui est inaliénable, c'est la vraie « liberté personnelle, la liberté *philosophique*..., principe même de la personnalité », source des activités libres, qui ne sont

(1) Boistel, *Cours de philosophie du droit*, I, n° 254. V. aussi Krug, *Dikeologie*, n° 55, qui définit la créance : « Le droit d'entrer dans la sphère d'action du débiteur consentant », et Kant, *Doctrine du droit* (p. 103 et ss.); l'obligation serait « la possession de l'arbitre d'une autre personne comme faculté de la déterminer par mon propre arbitre à une certaine action ». (Cités par M. Boistel.)

elles *que de simples* « moyens offerts à une personne pour poursuivre sa fin (1) ».

Eh bien, admettons pourtant que le débiteur soit libre de refuser l'exécution promise. Le créancier sera tout aussi libre de la poursuivre; il ne veut pas entendre parler de dommages-intérêts. Lui oppose-t-on l'article 1142? Il sera à son aise de répondre que cet article (dont le sens excessif est limité de manière heureuse par les articles 1143 et 1144) n'est pas de force à déroger à l'article 1134 (2), et ensuite que la transformation en argent se place, non après le refus d'exécution volontaire, mais après le jugement qui condamne au fait et qui ne peut pas être exécuté *manu militari* (3) ou à l'aide d'un moyen de contrainte indirecte.

Ainsi, comme nous l'avons déjà dit, la loi française fait de la *réparation* le dernier refuge du droit méconnu. Le sens des articles 1142, 1143 et 1144 demeure intimement lié à la déclaration principale de l'article 1134 : *d'abord, et toujours, l'exécution de l'obligation elle-même*, telle qu'elle fut contractée. L'article 1351, posant l'autorité de la chose jugée, ne fait que confirmer ce principe. Ayant pour but d'assurer l'irrévocabilité et l'efficacité du droit reconnu en justice, dans son objet, il procède de la même idée que l'article 1134 : celui-ci

(1) Boistel, n° 238.

(2) V. les paroles de Bigot-Préameneu, citées tout à l'heure.

(3) Meynial, *op. cit.*, p. 431, passage déjà cité.

(art. 1134) sauvegarde le droit tel qu'il ressort de la convention, l'autre (art. 1351) le protège tel qu'il est reconnu en justice à la suite d'une contestation.

Le juge aura donc le devoir d'assurer autant que possible l'exécution en nature des obligations. Il ne se bornera pas à déclarer les droits contestés, à les reconnaître, il donnera aussi l'ordre que satisfaction soit portée à leur titulaire. C'est *l'article 1036 du Code de procédure civile* qui est la source légale de ce pouvoir : il permet aux juges de prononcer des injonctions ; il doit naturellement leur donner aussi le moyen de se faire obéir (1). M. Esmein a prouvé que c'est *une tradition qui n'a été contrecarrée par aucun texte nouveau de loi* (2).

\*  
\* \*

L'initiative heureuse que prennent les juges pour assurer l'exécution des obligations par un procédé si simple, si varié pourtant et si souple que l'astreinte, et la liberté intelligente dont ils usent pour en faire un moyen tellement approprié au but à poursuivre, sont d'ailleurs en parfaite concordance avec l'idée qu'on se fait aujourd'hui du rôle de juge.

Comme nous l'avons déjà dit, le juge moderne est

(1) Planiol, II, 210.

(2) P. la tradition, *source formelle de droit*, v. Génv, *Méthode d'interprétation...* (Paris, 1899), p. 392 et ss.

loin d'avoir le même pouvoir de large initiative, dont s'ornait le prêteur romain; mais il serait tout aussi outré de le considérer comme un personnage effacé, simple figurant, dont le rôle se limiterait strictement à l'appréciation du différend qui lui est soumis. « Il faut remarquer que le rôle des tribunaux est double, nous dit M. Demogue. Ils font certaines constatations de fait ou de droit et ils *donnent des ordres*. Comme l'a dit Ihéring (1), le droit n'est pas une pure théorie, mais une force vive. Aussi la justice tient-elle d'une main la balance, au moyen de laquelle elle pèse le droit, et de l'autre l'épée, au moyen de laquelle elle le défend. Les juges sont donc à la fois des experts de fait et de droit ayant une appréciation souveraine et des autorités ayant le droit de commander (2). » Nous avons fait remarquer, d'ailleurs, la manifestation de ce double point de vue dans le jugement prononcé : à côté d'une « déclaration de droits », il contient « l'ordre sanctionnateur ». M. Demogue pense même que « ce qui frappe d'abord dans un jugement et ce qui a dû frapper davantage les peuples primitifs, c'est l'ordre qu'il contient ». Eh bien, c'est dans ce pouvoir de prononcer des ordres, que les juges trouvent la source des diverses mesures — telles les condamnations comminatoires, qui leur sont dictées par les circonstances pour assurer l'exécu-

(1) Ihéring, *la Lutte pour le droit*, p. 1.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 521.

tion d'une déclaration de droit. «... Il y a un *pouvoir de commandement dans chaque affaire spéciale*, qui s'est perpétué parce qu'il est inséparable de la juridiction. Le pouvoir de l'astreinte est d'ailleurs à rapprocher de celui des référés, qui tient plutôt du commandement que de la juridiction (1). »

« Ordonner et menacer pour forcer les parties à exécuter leurs obligations est une tendance naturelle aux juges magistrats; elle doit être aussi vieille que la justice elle-même, lorsque celle-ci cessa d'être purement arbitrale pour se faire impérieuse (2). »

Or, cette tendance à hausser la mission du juge, pour en faire un organe éclairé et puissant dans notre formation sociale, organe capable de présider utilement le cours des événements se déroulant à sa portée, cette tendance vient d'être particulièrement affirmée et non seulement par la doctrine nouvelle, mais aussi par la loi elle-même. Considérez, en effet, les pouvoirs qu'on lui a reconnus dans les gestions de biens des mineurs (3), ou ceux qu'ils ont quand il s'agit d'un enfant naturel (4); considérez la loi du 21 juin 1907 (l'art. 152, Code civ.) qui lui permet d'autoriser le mariage de l'enfant d'époux divorcés, en cas de désaccord des parents; ce sont,

(1) Hauriou, Note sous Sirey, 1907, 3, 65.

(2) Esmein, *Revue trimestrielle* (1903), p. 37.

(3) V. la loi du 6 avril 1910 complétant l'art. 389 du Code civil relatif à l'administration légale du père.

(4) V. la loi du 2 juillet 1907, relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels (art. 383, 384, 389 et 442, C. civ.).

sans doute possible, les manifestations de la même idée. A vrai dire, elle ne s'est pas encore fait voir dans le champ de la procédure; le juge français y garde son rôle presque passif. « Il laisse les plaideurs prendre l'initiative, il assiste impassible à leur lutte jusqu'au moment où il prononce sa sentence. Il ne connaît du procès que ce qu'on veut bien lui faire connaître et ne cherche pas à en savoir plus. Il ne se préoccupe guère d'ordinaire de suppléer à l'insuffisance de l'instruction. Il n'examine que ce que les parties lui soumettent. Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que la loi l'autorise à prendre d'office des mesures d'instruction (C. Proc., art. 254, 295, 322; C. civ., a. 1366 et 1367). Il ne s'occupe même pas de vérifier l'existence et la capacité des parties et les pouvoirs de leurs mandataires (1). »

Mais la doctrine n'admet plus cette conception étroite. Sa manière de voir a eu une répercussion heureuse dans le domaine de la législation comparée. « Déjà le canton de Genève, et assez récemment l'Autriche, ont élargi le pouvoir des juges, et ils s'en trouvent bien (2).

(1) Tissier, *le Centenaire du Code de procédure et les projets de réforme* (*Revue trimestrielle...*) (cité par M. Demogue).

(2) Le Code allemand de procédure civile de 1877, révisé en 1898, laisse aussi dans l'instruction du procès une large part à l'initiative du juge. V. aussi le Code roumain de 1865, modif. en 1900. Voici les al. 3, 4, 5 de l'art. 96 (réd. de 1900) : « — Le tribunal tâchera, par des questions adressées aux parties, d'éclaircir les points obscurs de la cause. — Il pourra exiger toutes

Récemment, une voix autorisée en cette matière (M. Tissier) faisait remarquer qu'il était souhaitable que les juges usent largement de l'initiative un peu courte que le Code leur laisse dans la direction des procès, ou que la jurisprudence leur a reconnue, comme le droit de mettre en cause les tiers. C'est une conception plus finaliste de la justice que celle actuelle, où le juge est enfermé dans un rôle étroit (1). » Mais, en ce qui concerne le droit civil pur, et non plus la procédure, la doctrine nouvelle est unanime à reconnaître que « le juge non seulement n'est plus limité à ce pouvoir très restreint d'interprétation pure qu'on voulait lui donner autrefois, non seulement il peut, quand il n'est pas lié par des textes, s'inspirer de ses propres idées, si elles sont d'accord avec certaines manières de voir de beaucoup de personnes que l'on hausse d'ordinaire au rang un peu vague et dangereux d'idéal social, mais il a encore, à d'autres points de vue que celui de la méthode, l'interprétation de larges pouvoirs. La conception simpliste du rôle du magistrat, qu'on a tirée du droit romain et dont la forte ossature contraint encore aujourd'hui nos esprits, malgré les nombreuses atténuations pour nous en libérer, est la suivante : le juge

les explications nécessaires pour la solution des questions à proposer d'office. — Il pourra de même ordonner d'office, dans la limite des dispositions de la loi sur les preuves, toutes les mesures qui pourraient l'éclairer.

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 540.

constate des droits nets, arrivés en quelque sorte à leur pleine maturité. De là il déduit des conséquences, rien de plus. Son rôle est donc plutôt un rôle passif... mais cette conception ne résiste pas aux nécessités de la vie. Si un droit est reconnu, il faut prendre des mesures pour qu'il triomphe; sinon, il n'est plus le droit, mais un idéal vague fait pour les rêveurs. *Le jugement ne doit donc plus être simplement déductif, il doit être inspiré d'une idée de finalité...* Il n'est plus seulement une constatation, mais un ordre muni de force exécutoire... Ainsi le cercle de l'évolution se clôt en quelque sorte. L'ordre reprend une grande place dans le jugement civil: non plus cet ordre rigide, tranchant, qu'aimait l'ancien droit romain imbu d'esprit analytique, ou plus encore un certain droit imbu de principes nets et tranchants, *mais ordre assoupli, varié, et adapté au but* (1). »

Mais la pratique des astreintes, moyen coercitif ayant pour but l'exécution des obligations, est conforme aussi avec une autre tendance souvent manifestée en droit moderne: celle qui vise à l'affermissement du crédit par les sûretés données au créancier. Considérez, en effet, le mouvement doctrinal en faveur de la faillite ci-

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 541... V. aussi Gény, *Méthode d'interprétation...*; Saleilles, *Ecole historique et droit naturel* (*Revue trimestrielle...*, 1902); Japiot, *Théorie des nullités*, thèse, Dijon...

vile (1), mouvement chaque jour devenu plus ample, et fier à juste titre des triomphes remarquables qu'il obtint dans le domaine de la législation comparée. Il est permis d'espérer que ce mouvement généreux, couronnement de la tendance dont nous parlons, aura tôt ou tard le même heureux aboutissement dans la législation française. Eh bien, par leur procédé des astreintes, les juges ne font qu'offrir au créancier une garantie de plus ; ils tâchent d'assurer, le plus souvent qu'il sera possible, la satisfaction exacte de son droit. Ils rendent par là un service éminent à la vie économique et sociale, chaque jour multipliée, chaque jour plus intense et plus riche et dont l'effort magnifique serait fâcheusement interrompu, s'il était permis aux débiteurs de mauvaise volonté de jeter, par leur refus de tenir parole, le doute et le trouble dans l'engrenage inextricable des relations sans nombre, qui forme la substance même de cette vie sociale.

Le créancier ayant la certitude de la satisfaction exacte de son droit, le crédit sera d'autant plus accessible, et ceux qui en ont besoin n'auront pas à s'en plaindre. Sous l'influence d'un mouvement purement doctrinal, qui a eu un aboutissement partiel dans le Code civil allemand (a. 130, 145 et 657), on est allé jusqu'à demander, pour ceux qui en sentent la nécessité,

(1) Pour développements, v. le cours de M. Percerou sur la faillite civile.

la faculté de s'obliger par une simple déclaration de volonté unilatérale (1). Il ne s'agit pas de discuter le fondement juridique de cette conception ; cela serait, d'ailleurs, pour sortir complètement du cadre que nous impose la logique de notre problème ; nous ne ferons donc que constater l'hypertrophie étrange et significative de l'idée de *moi* qu'entraîne une conception pareille. Eh bien, comment voudrait-on amoindrir la portée de l'article 1134, raisonnant sur une convention valide et complète, quand les besoins de l'époque où nous vivons font possibles des innovations tellement audacieuses qu'on est forcé de comprendre l'ahurissement de la doctrine conservatrice. Par quel étrange raisonnement voudrait-on amoindrir la force de la convention parfaite, de l'engagement réciproque, quand il se trouve des gens qui exigent que force soit reconnue à l'engagement unilatéral ! Ce serait aller délibérément à l'encontre de l'évolution ascendante du droit tout entier.

La liberté du débiteur à méconnaître ses engagements ? Mais peut-on se poser sérieusement une pareille question quand on voit le soin que met le législateur moderne à fonder sa responsabilité, en dehors même de l'engagement formel, sur le simple fait engendrant un préjudice pour autrui ! Et l'on ne dira pas que dans cette dernière hypothèse il s'agit seulement

(1) René Worms, *De la volonté unilatérale* ; thèse, Paris, 1891. V. aussi la réfutation catégorique de M. Planiol, II, n° 832.

d'une réparation. « ... Rien ne paraît plus raisonnable que d'admettre que la réparation d'un délit pourra se faire autrement qu'en argent. L'article 1382 n'exclut nullement d'autres modes de réparation de nature à donner une plus juste satisfaction à la personne lésée (1). » Le législateur lui-même est entré dans ces idées quand il admit dernièrement (loi du 16 novembre 1912) la recherche de la paternité naturelle ; là, en effet, le fait dommageable fonde quelque chose de plus qu'une responsabilité pécuniaire ; l'auteur du préjudice peut être amené à fournir une réparation en nature : c'est la qualité de père, dont le père et le fils pourront tirer une autre satisfaction que celle que leur aurait procurée une simple indemnité. On comprend que le législateur ait voulu affermir le dogme de la responsabilité, si beau et si noble dans sa moralité supérieure, et on l'approuve. C'est une leçon salutaire d'éducation civique. Dans une formation sociale comme la nôtre, où le *particulier* et le *général* sont dans une relation si étroite, où les intérêts matériels et moraux se mêlent de telle façon qu'on ne saurait jamais les séparer, il est nécessaire et utile que chacun sache que tout acte qui dépasse par sa portée et ses conséquences l'orbite fixée à l'activité individuelle engage sa responsabilité entière en vue de la réparation intégrale.

Or, par le fait de l'exécution par équivalent, le débiteur causera presque toujours un préjudice à son créan-

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 457.

cier; mais, comme il vaut toujours mieux prévenir le mal que de le réparer, les juges font preuve de sagesse en astreignant le débiteur d'accomplir l'engagement contracté.

Le but que poursuit la pratique des astreintes n'est pas en conformité seulement avec les tendances les plus marquées qui se font voir dans le champ du droit moderne, mais aussi avec ce qu'on pourrait estimer l'évolution rationnelle des voies d'exécution.

En effet, on conçoit très bien que l'exécution forcée soit toujours pécuniaire dans une société primitive entichée de formalisme, où la conception d'État, assez vacillante et encore mal dégagée de l'égoïsme outrancier qu'engendre la force brutale, fasse qu'on doive se contenter de ce qu'on peut obtenir; et ensuite, à mesure que l'autorité publique se fortifie et que l'esprit juridique ose s'engager dans les sentiers non battus, on conçoit que l'exécution en nature commence à être poursuivie par des moyens détournés, faits pour éviter la frayeur que l'inertie d'esprit commande au vulgaire; mais, quand l'autorité de l'État sera devenue suffisamment solide, quand les institutions juridiques auront accompli le cycle d'une évolution presque complète, quand le développement des relations sociales aura créé un état d'esprit plus accessible aux vérités fortes même soudaines, la nécessité de l'exécution directe s'impose d'elle-même par la force des choses.

Et cette évolution rationnelle des voies d'exécution fut aussi celle que connut le droit romain. Ayant pour but, d'un côté, la substitution de l'exécution directe à la condamnation pécuniaire, et, de l'autre, l'adoucissement des moyens de contrainte, elle est en conformité parfaite avec les intentions du législateur moderne, telles qu'elles se dégagent du Code Napoléon, dans ses articles 1134 et 1142.

---

## CONCLUSION

---

Un rapide regard en arrière.

Nous croyons avoir suffisamment montré que la théorie des astreintes telle que nous l'envisageons, loin d'être fondée uniquement sur la loi écrite, trouve aussi un point d'appui particulièrement solide dans les idées directrices qui se détachent de l'évolution du droit contemporain. Création jurisprudentielle imposée par les besoins de la vie, elle participe de la vie ayant la force et la souplesse. Elle satisfait en même temps la règle établie et la règle future.

Est-ce dire que l'œuvre de la jurisprudence soit à tous points parfaite et qu'il ne reste rien à faire pour l'achever ? — Aucunement. Nous avons suffisamment insisté nous-mêmes sur la terminologie impropre de certains arrêts, origine de maintes confusions et de toutes les inconvénients que nous lui avons reprochées. L'erreur, qui la fit fonder son innovation sur la théorie

des dommages-intérêts, explicable, excusable même, dans les premiers temps, ne saurait plus être pardonnée aujourd'hui. L'idée nouvelle, d'abord un peu flottante et vague, s'est ramassée dans une forme précise et nette. De la vague qui les confondait, *astreinte* et *dommages-intérêts* ont émergé comme notions entièrement différentes. Pourquoi persévérer dans l'ancienne confusion ?... Si ce n'était qu'une simple inadvertance de langage, dépourvue de suites palpables dans le domaine de la réalité juridique, on serait peut-être disposé à la tolérer. Malheureusement, il en est autrement. C'est de cette confusion que procède maint grief de la doctrine (1), et c'est toujours elle qui cause les inconséquences fâcheuses de la jurisprudence, faites éminemment pour amoindrir son autorité. Nous voulons parler surtout : 1° de la distinction que font certains arrêts entre le refus d'exécuter, et le simple retard dans l'exécution ; et 2° de la divergence entre la Cour suprême et les Cours d'appel, en ce qui concerne la question de l'appel suspendu (2).

Qu'il nous soit donc permis de recommander aux juges l'observation de la différence qu'il y a entre l'astreinte et la réparation. Il n'est besoin pour cela d'aucun effort particulier : ils n'ont qu'à considérer le point où est arrivée l'évolution de la jurisprudence.

(1) V. 1<sup>er</sup> Ch. de notre 3<sup>e</sup> Partie, les objections tirées des art. 1149, 1151, etc.

(2) V. pp. 61-62 et 68-70 de notre étude.

Faut-il penser à une réforme légale ?

Il serait convenable, sans doute, qu'un texte précis de loi mette les choses au point, en traçant nettement la question de principe ; — mais aller plus loin et fixer rigoureusement des limites à ce qu'on appelle parfois « l'arbitraire » de la jurisprudence, poser partout des catégories abstraites et des bornes rigides, — cela nous semble tout aussi peu utile que souhaitable : on ne ferait qu'amoindrir l'efficacité d'un procédé qui trouve justement toute la supériorité de sa force dans les ressources de sa souplesse. Laissons aux juges la possibilité de puiser dans leur contact avec la vie la force toujours nouvelle qui puisse étreindre le problème qui se pose. En persévérant dans la voie que leur traçait l'intention du législateur (art. 1134), ils se sont montrés dignes de cette confiance.

N'oublions jamais, adversaires et amis, la parole du plus grand des maîtres : « Le droit existe pour se réaliser. La réalisation est la vie et la vérité du droit ; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier, n'est qu'un fantôme de droit, ce ne sont que des mots (1). »

(1) Ihering, *op. cit.*, t. III, p. 16.

---



## BIBLIOGRAPHIE

---

- Aubry et Rau*, Cours de droit civil, t. IV, 5<sup>e</sup> édition.  
*Baudry-Lacantinerie*, Précis de droit civil, 10<sup>e</sup> édition.  
*Baudry et Barde*, Obligations, t. I, 3<sup>e</sup> édition.  
*Boistel*, Cours de philosophie du droit, t. I, Paris, 1899.  
*Chausse*, De l'intérêt d'affection, *Revue critique*, 1895.  
*Demante et Colmet de Santerre*, Cours analytique de Code civil, t. V, 2<sup>e</sup> édition.  
*Demolombe*, Cours de Code Napoléon, t. XXIV et XXX.  
*Demogue*, Les notions fondamentales du droit privé, Paris, 1911.  
*Dufour*, L'autorité de la chose jugée, thèse.  
*Dorville*, De l'intérêt moral dans les obligations, thèse, Paris, 1901.  
*Esmein*, Eléments de droit constitutionnel, Paris, 1909.  
*Esmein*, L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, *Revue trimestrielle*, 1903.  
*Esmein*, La Jurisprudence et la Doctrine, *Revue trimestrielle*, 1902.  
*Fenet*, Recueil des travaux préparatoires du Code civil.  
*Gény*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, 1899.  
*Griolet*, De l'autorité de la chose jugée en matière civile et criminelle, Paris, 1868.  
*Girard*, Droit romain, 5<sup>e</sup> édition.  
*Huc*, Commentaire du Code civil, t. VII.  
*Hauriou*, Note sous Sirey, 1907, 3, 65.

*Ihering*, Esprit du droit romain, t. III, 3<sup>e</sup> édition de la traduction Meulnaere.

*Ihering*, L'évolution du droit, Paris, 1906.

*Ihering*, La lutte pour le droit, Paris, 1880.

*Japiot*, La théorie des nullités, thèse.

*Labbé*, Encore l'affaire de Beauffremont, *Revue pratique*, 1881.

*Larombière*, Théorie et pratique des obligations, t. I.

*Lacoste*, De la chose jugée, Paris, 1904.

*Loché*, Législation civile, commerciale et criminelle de la France, Paris, 1828.

*Laurent*, Principes de droit civil français, t. XVI.

*Marcadet et Pont*, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, t. IV, 6<sup>e</sup> édition.

*Mourlon*, Répétitions écrites sur le Code Napoléon, t. II, 8<sup>e</sup> édition.

*Meynial*, De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, *Revue pratique*, 1884.

*Planiol*, Traité alimentaire de droit civil, 6<sup>e</sup> édition.

*Planiol*, Note sous Dalloz, 1898, 1, 289.

*Perreau*, Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé, *Revue trimestrielle*, 1912.

*Pothier*, Traité du contrat de vente, t. III, édition Berville.

*Percerou*, Cours de droit comparé sur la faillite civile. Paris, chez Gaujon, 1912.

*Saleilles*, École historique et droit naturel, *Revue trimestrielle*, 1912.

*Simonet*, Le droit public, Paris, 1912.

*Saint-Girons*, Précis de Droit constitutionnel, Paris, 1885.

*Saint-Giron*, Essai sur la séparation des pouvoirs, Paris, 1881.

*Vel*, Autorité de la chose jugée, thèse.

*Worms*, De la volonté unilatérale, thèse, Paris, 1891.

### THÈSES SE RAPPORTANT AUX ASTREINTES

*Berryer*, Des Astreintes, Paris, 1903.

*Bernard*, Théorie des Astreintes, Marseille, 1909.

*Brésard*, La théorie des astreintes, Lyon, 1901.

*Croissant*, Les Astreintes, Paris, 1898.

*Génicon*, De la règle *nemo praecise ad factum cogi potest*, Bordeaux, 1910

*Hugueney*, L'idée de peine privée en droit contemporain, Dijon, 1904.

*Leroux*, Des Astreintes, Paris, 1902.

*Massin*, De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire, Paris, 1893.

*Tournier*, De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine, Montpellier, 1896.

*Vernerey*, De la jurisprudence en matière d'astreintes, Dijon, 1904.

---



# TABLE DES MATIÈRES

---

|                   |   |
|-------------------|---|
| INTRODUCTION..... | 5 |
|-------------------|---|

## PREMIÈRE PARTIE

### LA JURISPRUDENCE

#### CHAPITRE I

|                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------|----|
| Généralités : — Caractères, définition, origines lointaines | 17 |
|-------------------------------------------------------------|----|

#### CHAPITRE II

##### Évolution de la jurisprudence en matière d'astreintes

|                                                                                                                                            |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Première Section : <i>Exposé historique</i> .....                                                                                          | 24 |
| a. <i>Délai</i> comminatoire en faveur du débiteur,.....                                                                                   | 25 |
| b. <i>Condamnation</i> comminatoire à double aspect : — <i>ré-</i><br><i>paration</i> et <i>contrainte</i> — en faveur du créancier, . . . | 28 |
| c. Exagération des taux : <i>la théorie de l'astreinte</i> —<br><i>simple moyen de contrainte</i> — <i>se détache</i> .....                | 35 |
| d. Travail d'organisation en vue du but.....                                                                                               | 41 |
| e. Conclusion : <i>évolution différentielle</i> .....                                                                                      | 46 |

|                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------|----|
| Deuxième Section: <i>Champ d'application de la jurisprudence.</i> | 48 |
| Obligation de donner.....                                         | 50 |
| Obligations de faire : fait non personnel; fait personnel.        | 52 |
| Obligations de ne pas faire.....                                  | 65 |
| Obligations légales.....                                          | 73 |
| Obligations délictuelles.....                                     | 82 |

## DEUXIÈME PARTIE

### LES ASTREINTES DEVANT LA DOCTRINE 87

#### CHAPITRE I

##### Opinions rejetant les Astreintes

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Opinions de MM. Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Larombière, etc... etc..... | 89  |
| Thèses de doctorat.....                                                       | 103 |

#### CHAPITRE II

##### Essais de Justification

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Les Astreintes par rapport aux notions fondamentales du droit privé ou de tendances nouvelles..... | 111 |
| Les Astreintes, une application des règles générales sur l'évaluation des dommages-intérêts.....   | 112 |
| Les Astreintes, simple moyen de contrainte, fondé par le pouvoir de commandement des juges.....    | 116 |

## TROISIÈME PARTIE

### ESSAI CRITIQUE

#### CHAPITRE I

##### Réfutation des objections fondamentales 121

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| Objection tirée de l'art. 1142..... | 122 |
| Objection tirée de l'art. 1149..... | 139 |

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| Objection tirée de l'art. 1351.....                                      | 142 |
| L'Astreinte est-elle une <i>peine</i> ?.....                             | 146 |
| L'Astreinte est-elle une <i>voie d'exécution</i> ?.....                  | 150 |
| Les juges excèdent-ils leurs pouvoirs ?.....                             | 152 |
| <i>a.</i> Sur l'art. 5 du Code civil.....                                | 152 |
| <i>b.</i> Conception rationnelle de la Séparation des Pou-<br>voirs..... | 152 |

## CHAPITRE II

### Construction d'une théorie générale

|                                                                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Énonciation.....                                                                                                                             | 158 |
| Moyens légaux de la fonder : l'art. 1134, confirmé par l'art.<br>1351; l'art. 1036 (Code proc. civ.); la Tradition formelle de<br>droit..... | 159 |
| Conformité avec les tendances du droit contemporain.....                                                                                     | 166 |
| CONCLUSION.....                                                                                                                              | 177 |

Vu : *Le Président*,  
PLANIOL.

Vu : *Le Doyen*,  
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :  
*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris*,  
L. LIARD.





